

Revista Española de la

FUNCIÓN

CONSULTIVA

1

ENERO - JUNIO

2004



SUMARIO

Estudios

PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO. <i>Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte</i>	13
VICENTE GARRIDO MAYOL. <i>El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y el funcionamiento normal de los servicios públicos</i>	29
JOSÉ M ^a GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE. <i>Historia clínica y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria</i>	49
IGNACIO GRANADO HIJELMO. <i>La función consultiva ante la reforma de la justicia</i>	61
JOSEP-ENRIC REBÉS I SOLÉ. <i>La responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria desde la perspectiva de los órganos consultivos</i>	83

Dictámenes

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES

Dictamen 1/2003. <i>Solicitud de segregación de parte del término municipal de Mercadal para constituir el municipio de Fornells</i>	101
Dictamen 129/2003. <i>Proyecto de decreto por el que se regulan las asociaciones de padres y madres de alumnos, y las federaciones y confederaciones de éstas</i>	105
Dictamen 138/2003. <i>Proyecto de decreto que reforma el Decreto 162/2003, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula la exigencia de conocimientos de lengua catalana en los procedimientos selectivos de acceso a la función pública y para la ocupación de puestos de trabajo que se convoquen en el ámbito de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.</i>	110

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 127/2004. <i>Procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por el Servicio Andaluz de Salud el 2 de diciembre de 2002, con objeto de reconocer a una paciente el derecho a ser indemnizada por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en la Unidad de Ginecología Oncología del Hospital Virgen de las Nieves de Granada</i>	123
---	-----

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Dictamen 307/2004. <i>Recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 2/2004 del Gobierno, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, sobre el Plan Hidrológico Nacional</i>	137
--	-----

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

Dictamen 175/2003. <i>Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los perjuicios ocasionados para obtener la suspensión de la ejecución de los actos sancionatorios posteriormente anulados</i>	167
Comentario al Dictamen 175/2003. <i>Por Antonio Embid Irujo</i>	172
Dictamen 180/2003. <i>Revisión de oficio de acuerdo municipal por el que se reconoció a J.R.M. la propiedad del conjunto de fincas ubicadas dentro de la delimitación del monte catalogado como de utilidad pública denominado “Diezma”, en el término municipal de Grisel</i>	177
Comentario al Dictamen 180/2003. <i>Por Federico Larios Tabuenca</i>	186

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Dictamen 19/1998. <i>Responsabilidad patrimonial como consecuencia de daños producidos en automóvil por la irrupción en la calzada de un jabalí</i>	189
Dictamen 8/1999. <i>Consulta sobre el documento “Sistématica para la elaboración de normativa en la Comunidad Autónoma de La Rioja”</i>	196
Dictamen 56/2000. <i>Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de precedencias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja</i>	222

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Dictamen 536/2003. <i>Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por don T.T.V., en nombre de la Cofradía de Pescadores y Mariscadores de A Coruña, por la disminución de ingresos de los socios al no haberse efectuado las obras de saneamiento de las aguas residuales urbanas en la ría de O Burgo</i>	244
Dictamen 793/2003. <i>Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por doña C. N. C. M., por el nacimiento de su hija con síndrome de Down, después de haberle sido realizada una amniocentesis durante el embarazo</i>	248
Dictamen 210/2004. <i>Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por doña M. G. N., por la muerte de una oveja y desaparición de otras dos provocadas por el lobo</i> ..	253

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA	
Reseña. <i>Por Mariano García Canales</i>	261

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO VASCO	
Dictamen 13/2003. <i>Anteproyecto de Ley del Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general</i>	280

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN	
Dictamen 123/2004. <i>Responsabilidad patrimonial por la reclamación presentada debido a los perjuicios causados como consecuencia de la incorrecta baremación para la constitución de la lista de interinidad en los cuerpos docentes</i>	311
Dictamen 147/2004. <i>Responsabilidad patrimonial por la reclamación presentada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su exclusión de un concurso de traslados de funcionarios docentes</i>	318

Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional	
Selección por Patricia Boix Mañó	327
Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia	
Comunidad Valenciana	355
Galicia	401

Legislación

Normas reguladoras de los Consejos Consultivos de España ..	417
---	-----

Novedades bibliográficas

Conflictos en defensa de la autonomía local	423
Contratación administrativa	424
Procedimiento administrativo	424
Responsabilidad patrimonial	425
Técnica normativa y reglamentaria	426
Urbanismo y ordenación del territorio	427

Información institucional

Composición del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos.

CONSEJO DE ESTADO	431
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA ..	433
CONSEJO CONSULTIVO DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA	434
CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS	435
CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES	436
CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA	437
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA ..	438
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN	439
CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA	440
CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA	441
CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA	442
CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA	443
CONSEJO DE NAVARRA	444
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO VASCO	445
CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA	446
CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN	447

Estudios

ESPECIALIDADES DE LA REVISIÓN DE OFICIO A INSTANCIA DE PARTE

Pedro Antonio Aguiló Monjo

Vocal del Consejo Consultivo de las Illes Balears

Abogado de la Comunidad Autónoma

Abogado del Estado

I/ Planteamiento general.

La revisión de oficio constituye, como es sabido, una potestad excepcional otorgada por la Ley a la Administración, como manifestación del principio de autotutela declarativa, para la anulación de los propios actos y disposiciones administrativas.

La Ley 30/1992, y, en particular, la reforma de la misma operada por la Ley 4/1999, ha incorporado a la revisión de oficio soluciones que había venido patrocinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado: su configuración como acción de nulidad cuando se inicia a instancia de parte; la revisión de oficio de disposiciones de carácter general; la posibilidad de inadmisión a trámite; la posible extensión de la resolución a fijar indemnizaciones a favor de los interesados; y la concreción de los efectos de la inactividad formal, según se haya iniciado de oficio o a solicitud de interesado. Muchas de ellas mantienen intensa relación con las especialidades del procedimiento si se ha iniciado a solicitud de interesado.

La revisión de oficio constituye, como indica la denominación del Título VII de la Ley 30/1992, una de las figuras de revisión en vía administrativa, a la que se dedica el artículo 102, junto a la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103) –que no es técnica de autotutela declarativa ya que remite la solución a la revisión jurisdiccional-; a la revocación (artículo 105) –que sólo alcanza a los actos de gravamen o desfavorables- y a los recursos administrativos (artículos 107 a 119) –que exigen la interposición por parte de los interesados en los estrictos plazos legalmente previstos-.

Aunque las tres primeras se engloben en el capítulo I del título VII, bajo la rúbrica revisión de oficio, en realidad sólo el artículo 102 es el único supuesto verdadero de revisión de oficio.

Por último, desde otra perspectiva, procede anotar que las tres técnicas referidas parecen tener un ámbito objetivo distinto, no sólo porque únicamente la

* La presente ponencia fue presentada en las V Jornadas sobre la función consultiva celebradas en Palma de Mallorca los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2003, con motivo del X aniversario del Consejo Consultivo de las Illes Balears.

revisión de oficio alcanza a las disposiciones administrativas, sino porque ésta se refiere a los actos administrativos en general (art. 102.1º), mientras que la declaración de lesividad de actos anulables sólo alcanza a los actos favorables para los interesados (art. 103.1º) y la revocación a los desfavorables o de gravamen (art. 105.1º). No obstante, el criterio del carácter favorable o desfavorable del acto no resulta seguro ni definitivo ya que conviene anticipar que será frecuente la realidad de “actos de doble efecto” que alcanzan a distintos destinatarios, a unos de forma directa y a otros de modo indirecto, produciendo efectos declarativos o favorables para unos y de gravamen o desfavorables para otros. La situación triangular será usual en los supuesto de revisión de oficio a instancia de parte ya que la lógica impone que el favorecido por el acto no acuda a solicitar su revisión administrativa.

En esta línea de generalidades aún habría que añadir que la cuestión que nos ocupa es una más de las derivadas de la tensión entre los principios de legalidad y seguridad jurídica que se resuelve con prevalencia del primero¹, sin perjuicio de que el segundo deba también ser tenido en cuenta a través del examen de los límites previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992 y de que la técnica de revisión de oficio sólo entra en juego, como instancia atribuida a los interesados, una vez transcurridos los plazos para la interposición de los recursos ordinarios. Por ello, la Ley 30/1992 exige que se trate de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

Debe añadirse que la característica prevalente de la revisión de oficio es la de que se trata del ejercicio de una “potestad” administrativa. Por ello, la STS de 16 de diciembre de 1993 dirá que “La diferencia real entra la acción impugnatoria ex art. 109, y la que se encauza por la vía de los recursos ordinarios, se manifiesta más bien por el dato de que en la primera no existe un derecho del administrado a imponer la declaración de nulidad, pues en definitiva ello sólo es consecuencia del ejercicio de una potestad de revisión de oficio, que es el elemento clave, en cuyo ejercicio no cuenta sólo el interés del accionante y el puro valor de la legalidad del acto impugnado, sino otros elementos, a ponderar por la Administración, por los límites imperativos del art. 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo”. Potestad-deber, no potestad-facultad.

Centrados en la revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho (artículo 102) surge, al menos aparentemente, la perplejidad de que pueda efectuarse la declaración de nulidad “... por iniciativa propia o a solicitud de interesado...”, lo que no ocurre, en cambio, con la declaración de lesividad de actos anulables del art. 103 o con la revocación del artículo 105, en que la iniciativa se atribuye sólo a las Administraciones Públicas.

1 La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, sobre responsabilidad patrimonial por leyes declaradas inconstitucionales y nulas, vacía de contenido actos firmes dictados a su amparo- que se mantienen de modo "virtual"-, incluso en supuestos en que la sentencia TC concretaba su alcance meramente prospectivo.

La Jurisprudencia ya advirtió, desde la temprana sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1965 –siempre citada en esta materia-:

a) Que del art. 109 de la L.P.A. “... deriva una auténtica acción de nulidad a favor del administrado para excitar la actividad de la Administración tendente a privar de efectos jurídicos el acto viciosamente causado; acción que, si no recurso propiamente dicho, ... constituye remedio procesal idóneo para poner en marcha el dispositivo revisorio provocando la incoación del oportuno expediente, que habrá de ser ineludiblemente resuelto por el órgano interpelado”;

b) Que el uso de la acción de nulidad de pleno derecho como alternativa al recurso administrativo supone “... dejar en manos del administrado, interesado en impugnar una resolución que le afecta, y que considera nula de pleno derecho, el someterse a un plazo en la defensa de sus intereses, o prescindir de todo límite temporal, e impugnarla en cualquier tiempo, lo que no parece avenirse con una lógica del conjunto del sistema legal” (f.j.5 de la STS de 24 de abril de 1993 –Aranz 2863);

c) Que “... Incluso desde la perspectiva del administrado, interesado en impugnar el acto administrativo que le afecta, resulta en cierto modo forzada la distinción usual entre acción de nulidad, ex art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y recurso administrativo, ex art. 113 y siguientes, pues desde esa perspectiva subjetiva la acción se manifiesta en ambos casos, siendo el recurso administrativo cauce para la acción impugnatoria, como lo es el art. 109...” (f.j.2º de la STS de 16 de diciembre de 1993 –Aranz. 9747);

d) Que “...la revisión de oficio es medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo y, como tal, subsidiario de los otros instrumentos ordinarios, de tal forma que si éstos ya se han utilizado sin éxito, bien porque se han rechazado en la forma como en el fondo, lo que no puede es reabrirse la cuestión tantas veces como quieran los interesados” (St, TS de 1 de abril de 2002 –ar.3388-). La vía de los límites de la revisión, derivada del art. 106 de la Ley 30/1992, será la utilizada para, en tales casos, denegar la revisión de oficio.

El alcance y contenido de la acción de nulidad será el objeto preferente de nuestra atención que, no obstante, desarrollaremos al hilo de los aspectos subjetivos, objetivos y procedimentales que concurren en la revisión de oficio.

II/ Ámbito subjetivo.

1. Con carácter general y desde la perspectiva del titular de la potestad de revisión de oficio, el artículo 102-1º la atribuye a las Administraciones públicas, sin más precisiones. Serán, por lo tanto, todas las relacionadas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, sean Administraciones territoriales (art. 2.1º) o institucionales (art. 2.2º).

A.- Resulta discutible que pueda incluirse a la denominada, impropia-mente, Administración Corporativa. Las razones que abonan la conclusión negativa, son, en síntesis, las siguientes:

a) La revisión de oficio, es sustancialmente, una “potestad” y éstas se atribuyen a los sujetos, no derivan por si mismas de la aplicación objetiva del derecho administrativo.

b) La Administración Corporativa no es, subjetivamente, Administración Pública (art. 2 de la Ley 30/1992, “a contrario sensu”, y art. 1.2º y 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio). La Ley de 1998 reitera decididamente que la Administración Corporativa, administración “secundum quid”, no se integra en el concepto subjetivo de Administración Pública.

c) La propia Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/1992 establece que “Las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley “<<en lo que proceda>>”. En nuestro criterio, resulta discutible que proceda la atribución de una potestad que la Ley 30/1992 reserva, con el carácter de legislación básica, a las Administraciones Públicas. Dado su carácter extraordinario parece necesaria la atribución expresa.

d) La Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, a pesar de las sucesivas modificaciones postconstitucionales, se refiere a “recursos” corporativos (art. 8 y 9. e), pero, en ningún caso, alude a la posibilidad de revisión de oficio. Las leyes autonómicas de Colegios Profesionales (por todas, la ley balear 10/1998, de 14 de diciembre) han suprimido el recurso corporativo ante los Consejos Generales y lo han sustituido, por lo general, por recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico que determinen los Estatutos², pero, en ningún caso, aluden a la posibilidad de revisión de oficio.

No es éste, sin embargo, el criterio de la STS de 18 de febrero de 1998, que presupone esta potestad para un Colegio de Abogados cuando ejerce funciones públicas y dicta actos administrativos, y estima que la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho a que se refiere el art. 8.3º de la Ley 2/1974 exige dictamen favorable del Consejo de Estado. Podría añadirse que reconducir la impugnación de estos últimos, como única vía, a los estrictos plazos de los recursos administrativos e, incluso, de la revisión jurisdiccional, puede conducir a su desnaturalización.

B.- En cuanto al órgano competente para adoptar la declaración de nulidad habrá que estar a las normas específicas de cada Administración pública, ya que no integra el procedimiento administrativo común que la Ley 30/1992 impone a todas las Administraciones Públicas. Así, en la Administración General del Estado, la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, otorga la competencia resolutoria, según los casos, al Consejo de Ministros, a los

² El art. 25 de la Ley balear 10/1998 permite la sustitución estatutaria del recurso de alzada por un recurso corporativo especial y potestativo ante la Comisión Mixta de Garantías de la Conselleria competente en materia de colegios profesionales.

Ministros y a los Secretarios de Estado, y en los Organismos Públicos adscritos, al Ministro o al órgano máximo rector del organismo, según que el acto a revisar haya sido dictado por este último o por los órganos de él dependientes.

En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la ley 3/2003, de 26 de marzo, en su art. 54, otorga la competencia resolutoria de los procedimientos de revisión de oficio al Consejo de Gobierno o a los Consejeros, según los casos.

En la Administración Local, según el artículo 110 de la Ley de Bases de Régimen Local, el único órgano competente para declarar la nulidad será la Corporación en Pleno.

2.-Por lo que se refiere a quienes pueden solicitar de las Administraciones Públicas el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, el art. 102.1º de la Ley 30/1992 se remite expresamente “al interesado”, lo que debe hacernos pensar en una utilización técnico-jurídica del término y en la aplicación de lo previsto en el art. 31 de la Ley 30/1992.

A,-Podrán solicitarlo, por lo tanto, quienes como promotores del procedimiento hayan sido destinatarios directos del acto administrativo dictado (art. 31.1.a), de la Ley 30/1992). No obstante, si los efectos fueran declarativos de derechos o favorables será ciertamente infrecuente que el favorecido inste la revisión de oficio aunque el acto esté viciado de nulidad de pleno derecho. En cambio, si fueran desfavorables o de gravamen, la solución deberá venir de la mano de la decisión acerca de si deben reconducirse a la vía del art. 105.1º de la Ley 30/1992 o si puede plantearse la revisión de oficio al amparo del artículo 102-1º del propio texto legal. Es esta una cuestión que trataremos con mayor detalle al analizar el ámbito objetivo.

B,-El supuesto más frecuente, en caso de actos declarativos de derecho o favorables para el destinatario, será la solicitud de terceros interesados en los términos de los apartados b) y c) del art. 31.1º de la Ley 30/1992, es decir, los titulares de “derechos” que puedan resultar afectados por el acto administrativo, con independencia de que se hayan personado o no en el procedimiento que dió origen al mismo y los titulares de “intereses legítimos”, individuales o colectivos, que se hayan personado en el procedimiento antes de la resolución definitiva.

C,-En los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la acción popular (como, por ejemplo, el art. 304 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, en materia de urbanismo) se plantea la cuestión de si su ejercicio habilita para instar la revisión de oficio, sin ostentar la condición de interesado. En contra, cabría alegar el carácter excepcional y la interpretación restrictiva que debe aplicarse a la revisión de oficio, de modo que no caben lecturas ampliatorias de los estrictos términos en que está prevista, como expresión del equilibrio entre los contrapuestos principios de legalidad y seguridad jurídica. No obstante, consideramos más sólidas las razones favorables, entre las que pueden enumerarse: las consecuencias derivadas del principio de especialidad que caracte-

riza los supuestos de acción popular; la prevalencia del principio de legalidad y la condición de potestad-deber, y no de potestad-facultad, que debe atribuirse a la revisión de oficio e, incluso, los propios términos en que se otorga la acción popular (el citado art. 304 del R.D.L. 1/1992 señala que “Será pública la “acción” para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística...” y la naturaleza de auténtica “acción de nulidad” que debe atribuirse a la solicitud de revisión de oficio.

III/ Ámbito objetivo.

Los apartados 1 y 2 del art. 102 de la Ley 30/1992 aluden al objeto del procedimiento de revisión de oficio y se refieren, respectivamente, a los actos administrativos nulos de pleno derecho que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo y a las disposiciones administrativas.

A/ Por lo que se refiere a la revisión de oficio de actos administrativos nulos de pleno derecho, procede examinar las siguientes cuestiones:

1.- El antiguo artículo 109 de la L.P.A. de 1958 se refería con absoluta generalidad a los actos enumerados en el artículo 47. La redacción inicial del art. 102 de la Ley 30/1992 limitó la potestad revisoria a los “que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo”. En cambio, la reforma de la Ley 4/1999 matizó el segundo de los supuestos al referirse a que “no hayan sido recurridos en plazo”. La comparación de la redacción de 1992 y 1999 permite suponer que la actual, al omitir la referencia a recursos administrativos, excluye la posibilidad revisoria, también, durante el plazo legalmente previsto para interponer recurso contencioso-administrativo. Así lo sostuvo el Consejo Consultivo de las Illes Balears, en su dictamen 20/97, en supuesto en que se solicitó la revisión de oficio dentro del plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo que luego se interpuso temporáneamente y en el que concluyó, que, “No ha lugar a la tramitación del procedimiento de revisión de oficio dado que no había concluido el plazo dentro del cual se podía acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa... “. Igualmente, parece excluir la revisión de oficio si el acto administrativo está ya sometido a control jurisdiccional. Esta fue la interpretación sostenida por el Consejo Consultivo de las Illes Balears, incluso antes de la Ley 4/1999, como resulta del dictamen nº 34/96, en el que se afirmó que “...la doctrina que inspira la excepción de litispendencia (obviamente, sólo utilizable entre dos procesos que penden ante la Jurisdicción) deberá ser “...tenida en cuenta, respetándola, si en vía escuetamente administrativa se plantea, con afanes de que se resuelva, la “misma” cuestión que, a la sazón, esté pendiente de los Tribunales. La expresión “sub iudice”.... Sirve de remate, más que cualquier explicación extensa, al presente discurso...”.

No obstante, a mi juicio, lo relevante es que la limitación de tratarse de actos que hayan puesto fin a la vía administrativa o no recurridos en plazo res-

ponde a la idea de subsidiariedad de la vía de revisión de oficio frente a la ordinaria de los recursos administrativos. Por ello, tiene pleno sentido si la revisión de oficio se ha iniciado a instancia de parte, pero resulta más discutible si la iniciativa ha correspondido de oficio a la propia Administración. Ciertamente, mientras exista recurso administrativo pendiente su resolución es camino más corto y adecuado para la anulación del acto que el de iniciar una redundante y alternativa vía de revisión de oficio. Y si existe recurso contencioso-administrativo en trámite también el allanamiento será camino más adecuado que iniciar, de oficio, la vía revisoria.

En cambio, no se aciertan a comprender las razones que justifican que la Administración deba esperar el transcurso de los plazos de recurso administrativo o jurisdiccional para iniciar de oficio el procedimiento de revisión de sus propios actos nulos. Al contrario, la gravedad del vicio y la lógica imponen su urgente anulación, aunque la posterior interposición de recurso administrativo o jurisdiccional temporáneo conduzca a la concurrencia, con un mismo objeto –la anulación del acto- de dos procedimientos o de un procedimiento y un proceso, para cuya solución serán útiles las consideraciones ya expuestas, con imposibilidad material de continuar el procedimiento revisorio por causas sobrevenidas (art. 87.2º de la Ley 30/1992), -la anulación del acto, vía resolución del recurso administrativo o vía sentencia-.

No es éste el único problema que plantea la literalidad del art. 102.1º, en este punto. También, si existen notificaciones defectuosas (art. 58.3º de la Ley 30/1992), el “dies a quo” para recurrir no queda prefijado sino que depende de las actuaciones del interesado que supongan conocimiento del contenido y alcance de la resolución, o de que interponga, aunque sea tardíamente en relación al plazo “teórico”, el recurso que proceda. O, si existen varios interesados de los que sólo alguno recurre, surge la cuestión de si para los demás, que han dejado transcurrir el plazo sin recurrir, resulta factible instar la revisión de oficio.

2.- Tradicionalmente se ha venido considerando que para la eliminación de los actos propios de la Administración desfavorables o de gravamen no hacía falta acudir a la revisión de oficio, sino que se canalizaban a través de la revocación del art. 105, de modo que la vía del art. 102, con sus requisitos y garantías, se circunscribía a los actos favorables o declarativos de derechos.

Frente a tal concepción se alza la literalidad del art. 102.1º y del art. 105.1º en cuanto sólo atribuye a las Administraciones públicas la iniciativa para el ejercicio de la potestad de revocación de los actos desfavorables o de gravamen, sin referencia alguna a la existencia de acción a favor del interesado. Por ello, entre otras razones, el dictamen del Consejo de Estado 5356/1997, relativo al Anteproyecto de Reforma de la Ley 30/1992, varió su criterio y sostuvo que el procedimiento del art. 102 era aplicable a cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho –como por otra parte resulta de su literalidad y de su contraposición al art. 103-, sea o no declarativo de derechos, de manera que los interesados no se vean desprovistos de la denominada “acción de nulidad” precisamente en

relación con los actos de gravamen o desfavorables, y tengan, además, las garantías que el art. 102 incorpora a la tramitación del procedimiento. Con posterioridad ha ratificado su criterio en numerosos dictámenes relativos a resoluciones sancionadoras³.

A mayor abundamiento, la remisión del art. 118.3º de la Ley 30/1992, en sede de recurso extraordinario de revisión, a la "... solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 102 y 105-2...", en tanto no cita el art. 105.1º, pone de manifiesto que la revocación del art. 105.1º no se inicia a instancia del interesado y ratifica, implícitamente, que el art. 102 comprende cualquier acto administrativo, sea o no declarativo de derechos.

En resumen, frente a actos estrictamente desfavorables o de gravamen la Administración podrá acudir a la revocación del art. 105, pero ello no impide que, si fueran nulos de pleno derecho, el interesado pueda instar la revisión de oficio.

3. La posibilidad de revisión de oficio de los actos de contenido estimatorio obtenidos por silencio administrativo no ofrece duda alguna, en tanto el artículo 43.3º de la Ley 30/1992 establece con claridad que tienen, con carácter general, la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Es más, como la resolución expresa posterior a la producción del acto presunto estimatorio "... sólo puede dictarse si es confirmatoria..." (art. 43.4), no le queda otra opción a la Administración que acudir, de oficio, a la revisión, si es nulo de pleno derecho, o a la declaración de lesividad, si resulta anulable⁴.

4. Contra los actos de trámite cualificado a que se refiere el art. 107.1º de la Ley 30/1992, también resulta posible la revisión de oficio.

La exclusión de un participe en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, por ejemplo, puede dar lugar a recursos de alzada o potestativos de reposición fundados en motivos de nulidad o anulabilidad de los arts. 62 y 63. Y, si ello es así, nada impide que sean también objeto de revisión de oficio.

B/ En cuanto a la revisión de oficio de disposiciones administrativas, la literalidad del art. 102.2º pone de manifiesto que no se permite la iniciación, con el carácter de acción de nulidad, a solicitud del interesado. Algún sector doctrinal⁵ ha criticado duramente que se excluya la solicitud del interesado como modo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de disposiciones administrativas. A favor del posicionamiento de la Ley 30/1992, en este punto, se alinean las siguientes argumentaciones que, a mi juicio, tienen mayor solidez:

3 Sirvan de ejemplo los dictámenes de 28 de enero de 1999 (nº 4441/98), 11 de febrero de 1999 (nº 4909/98), 18 de febrero de 1999 (nº 21/99), 23 de marzo de 2000 (nº 69/00) y 22 de junio de 2000 (nº 1949/00).

4 El dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears nº 72/2002 se refiere a acto estimatorio y declarativo de derechos obtenido por silencio administrativo positivo.

5 Por ejemplo De la Quadra-Salcedo, citado por Joaquín Meseguer Yebra, en su obra "La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas".

a) La rotunda manifestación de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 cuando advierte que se introduce la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas y añade que "... no opera, en ningún caso, como acción de nulidad".

b) La reiteración en el tiempo de la posibilidad de impugnación de las disposiciones administrativas a través del recurso indirecto contra los actos de aplicación. Incluso el artículo 107.3º de la Ley 30/1992, tras establecer que contra ellas no cabe recurso en vía administrativa, añade que "Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición". Y es claro que, si se anula el acto por la nulidad de la disposición administrativa en que se funda, la Administración deberá acometer la revisión de oficio de la misma. La aplicación analógica de la cuestión de ilegalidad prevista en el ámbito jurisdiccional (arts 27 y 123 a 126 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) refuerza la conclusión expuesta.

c) La posición del Consejo de Estado al respecto (dictamen 5356/1997) para quien "... la apertura de una vía más que permitiera a los interesados, en cualquier momento, instar la nulidad de una disposición de carácter general podría ser mas perturbadora para la seguridad jurídica que útil para contribuir a la depuración del ordenamiento jurídico..."

No obstante, Eduardo García y Enterría y Tomás Ramón Fernández han resaltado que la solicitud de anulación de un Reglamento ilegal no puede considerarse como una petición meramente graciable sino que constituye a la Administración que la recibe en el inexcusable deber de pronunciarse, abriendo la vía de la revisión jurisdiccional frente a su resolución expresa o presunta. Añaden, con cita de la Sentencia TS de 30 de noviembre de 1984, que carece de toda lógica "... estimar imprescindible la acción impugnatoria frente a los actos administrativos viciados de nulidad de pleno derecho y mantener en cambio la impugnación frente a normas reglamentarias sujeta al rigor de los plazos preclusivos de los recursos; siendo así que la depuración de ilegalidades de los reglamentos, dada la mayor perturbación para el ordenamiento jurídico que su invalidez supone, reclama un tratamiento menos restrictivo". También en contra cabría aludir a la interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 unidos a través del término "Asimismo..." y a las remisiones del art. 118.3º al 102 (no, al 102.1º) y del art. 102.3º al 62 (no, al 62.1º).

La jurisprudencia reciente, en cambio, (por ejemplo, las Sts TS de 28 de noviembre de 2001 -Ar. 2730/2002- y de 20 de marzo de 2003 -Ar. 2914-) no admite la incoación, a instancia de parte, del procedimiento revisorio para declarar la nulidad de una disposición general, con independencia de la naturaleza intrínseca, válida o no, del reglamento⁶.

⁶ La Sentencia TS de 20 de marzo de 2003 no da curso a la revisión de oficio "...al haberse instado la incoación de un procedimiento revisorio para declarar la nulidad de una disposición general no

IV/ Procedimiento de revisión de oficio: particularidades del iniciado a solicitud del interesado.

Aunque la Ley 4/1999 haya eliminado la referencia expresa a que el procedimiento de revisión de oficio se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de la propia Ley 30/1992, la única razón para hacerlo fue, sin duda, la innecesariedad de recordarlo. Todos los procedimientos, sin perjuicio de sus especialidades, se someten a las disposiciones del Título VI de la Ley 30/1992.

A/ Inicio del procedimiento.

Ya hemos visto, al analizar los aspectos subjetivos del procedimiento de revisión de oficio, que éste puede comenzar, por iniciativa propia de la Administración o a solicitud del interesado. En este segundo caso serán aplicables las consideraciones y reglas generales que se contienen en el capítulo I del Título VI de la Ley 30/1992 y, en particular, las relativas al contenido de la solicitud y a su posible subsanación y mejora. (arts. 70 y 71)

Por lo que se refiere al contenido objetivo de la solicitud ya hemos expresado que se trata de una auténtica acción de nulidad, de naturaleza autónoma, diversa de los recursos en cuanto a plazo preclusivo de impugnación y distinta también de la mera denuncia y de la petición graciable de los particulares. Se trata de un medio impugnatorio de características propias que vincula a la Administración autora del acto a iniciar un procedimiento de revisión de oficio, seguirlo por todos sus trámites, salvo que concurra causa de inadmisión, y concluirlo mediante la adecuada resolución expresa que habrá de ser concordante con el dictámen previo y preceptivo del Consejo de Estado o de los Consejos Consultivos Autonómicos, al menos cuando es desfavorable, dada la naturaleza obstativa de esta consulta (vide St TS de 1 de julio de 1995 –Ar. 6208–). El contenido del derecho ejercitado mediante la solicitud de revisión de oficio de un acto sólo integra el derecho a la tramitación del procedimiento y a obtener resolución expresa, pero no comprende una auténtica “pretensión” a obtener la declaración de nulidad de pleno derecho, de manera que ésta última se desvincula de la solicitud y se configura como una verdadera potestad administrativa de revisión de oficio. Así resulta de la literalidad del art. 102.1º de la Ley 30/1992, cuando distingue el inicio del procedimiento que podrá ser de oficio o a solicitud del interesado y el ejercicio de la potestad que se desprende de la fórmula imperativa “... declararán de oficio la nulidad...”. La consecuencia que se desprende es la de que el contenido anulatorio, en cuanto ejercicio de una auténtica potestad administrativa, se desvincula del contenido de la solicitud e, incluso, de su desistimiento o renuncia, y tiene en cuenta, además, no sólo el interés del accionante y el puro valor de la

susceptible, como hemos visto, de ser revisada a través de ese procedimiento de revisión solicitado por la parte”; y la de 28 de noviembre de 2001, de modo tajante, excluye que, tras la ley 4/1999, los interesados tengan acción para solicitar la revisión de oficio de disposiciones reglamentarias, de modo que sólo pueden actuar por vía del derecho de petición.

legalidad del acto administrativo, sino otros elementos a ponderar por la Administración, incluso con carácter previo al juicio de valor sobre la nulidad de pleno derecho, como son los límites imperativos del art. 106 de la Ley 30/1992.

Conviene añadir que la solicitud puede formularse en cualquier momento⁷, como corresponde a la nulidad de pleno derecho que se postula, y que es absolutamente relevante que “formalmente” se hayan instado la revisión de oficio, ya que sólo en tal caso puede hacerse en cualquier momento.

Aunque se alegue nulidad radical, la impugnación mediante recurso administrativo debe ejercitarse en el plazo legal establecido (St TS de 20 de enero de 1999 –Ar. 32-). En cambio, la St TS de 26 de octubre de 2001 –Ar 9208-, de modo aislado, entendió que se había instado revisión de oficio aunque se formalizó recurso de reposición extemporáneo, sin duda por atender a la regla del art. 110.2º de la Ley 30/1992, según la cual “El error en la calificación del recurso por parte del recurrente, no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”.

No debe confundirse el carácter imprescriptible de la acción para obtener por vía administrativa la revisión del oficio de actos nulos de pleno derecho y la inadmisibilidad, en cambio, de aquellas pretensiones impugnatorias de la validez del acto administrativo realizadas directamente mediante recurso administrativo o jurisdiccional que resulten extemporáneas. Y ello aunque se aleguen razones de nulidad de pleno derecho⁸. En contra, sin embargo, puede citarse la St. TS de 16 de diciembre de 1997, Aranz. 251/98.

B/ Trámite de admisión.

Se trata, obviamente, de una particularidad del procedimiento iniciado a solicitud del interesado que encuentra precedente en el artículo 89.4º de la Ley 30/1992 que, con carácter general para todo procedimiento, regula la posibilidad de inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento.

Los supuestos que, según el artículo 102.3º de la Ley 30/1992, justifican la inadmisión de solicitudes de revisión de oficio son los siguientes:

a) Que la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62. En realidad, debería referirse al artículo 62.1º ya que sólo la revisión de oficio de actos administrativos, pero no de disposiciones, podrá ser instada a

⁷ La Sentencia TS de 29 de marzo de 2001 (Ar. 3015) confirma que constituye "... un medio impugnatorio que puede ejercitarse en cualquier momento sin resultar sujeto a plazo preclusivo alguno y que, también en los casos en los que se promueve frente a actos administrativos, genera una especie de derecho al trámite para quien la ejercita".

⁸ Así resulta, entre otras muchas, de las Sts TS de 20 de febrero de 1996; 1 de febrero de 1997; 20 de enero de 1999; 8 de febrero de 1999 y 23 de febrero de 2000.

solicitud del interesado. Además, debe tratarse de supuesto manifiesto, no dudoso, que concurre si se alega causa disparatada, pero que no deriva, inexorablemente, de la omisión formal del apartado del artículo 62.1º que se alega cuando pueda deducirse de su contenido.

b) Que la solicitud carezca manifiestamente de fundamento. Se trata de supuesto coincidente con el general contenido en el artículo 89.4º de la Ley 30/1992, que requiere evidencia y notoriedad y debería conducir a una aplicación prudente y restrictiva.

c) Que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente idénticas. Considero significativa la utilización del plural “otras solicitudes”, de modo que una sólo no sea suficiente para justificar la inadmisión, y la exigencia de desestimación en cuanto al fondo, lo que descarta, como fundamento, la previa inadmisión de otras solicitudes sustancialmente idénticas. Mayores dudas suscita el supuesto de que las desestimaciones de fondo anteriores se hayan producido desoyendo el dictamen favorable del alto órgano consultivo. Por último, la exigencia de “identidad sustancial” impone particular ponderación a la hora de aplicar este supuesto de inadmisión.

El artículo 102.3º regula, acerca de la inadmisión, las siguientes cuestiones:

1.- El órgano competente para acordar la inadmisión es el mismo a quien compete la resolución del procedimiento de revisión de oficio⁹. Ello es lógico ya que la inadmisión es un modo de resolución del procedimiento, según se deduce el propio artículo 89.4º de la Ley 30/1992.

2.- El acuerdo de inadmisión a trámite exige, expresamente, el requisito de motivación (art. 102.3º, en relación al art. 54.1.f, de la Ley 30/1992), pero no precisa recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, ya que el objeto no es la propia revisión de oficio, sino la concurrencia de los supuestos que legitiman la inadmisión.

3.- Al tratarse de un modo de resolución, debería cumplirse el trámite previo de audiencia, aunque no venga expresamente exigido por el artículo 102.3º. En particular, en el supuesto de desestimación en cuanto al fondo de otras solicitudes sustancialmente idénticas, ya que en tal caso no concurre la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia, derivado del artículo 84.4º de la Ley 30/1992, al tenerse en cuenta hechos, alegaciones y pruebas no aducidas por el interesado.

4. Como quiera que impide la continuación del procedimiento, constituye acto de trámite cualificado que podrá ser objeto de recurso de alzada (excepcional-

⁹ Vide disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril para la Administración General del Estado; el artículo 54 de la ley 3/2003, de 26 de marzo, para la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para las Corporaciones Locales.

mente, dado el órgano competente para resolver) o potestativo de reposición (art. 107.1º de la Ley 30/1992) y, desde luego, de recurso contencioso-administrativo.

5. La jurisprudencia del TS (Sts de 23 de abril de 2001 -Ar. 4673- y de 12 de diciembre de 2001 -Ar. 1122/2002-) continúa sosteniendo la improcedencia de resolver en cuanto al fondo si no lo ha hecho la resolución en vía administrativa, bien sea por haber acordado la inadmisión o por razón de inactividad, sin dictamen del Consejo de Estado o Consejo Consultivo, que conduce a la desestimación presunta. Los principios de economía procesal, celeridad y tutela judicial efectiva y la superación del carácter meramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa podrían –y, acaso, deberían–, conducir a la solución contraria.

C/ Posibilidad de suspensión de la ejecución del acto.

El artículo 104 de la Ley 30/1992 incorporó al procedimiento de revisión de oficio la posibilidad expresa de suspensión que la jurisprudencia venía ya aceptando por aplicación analógica del art. 116 de la L.P.A. de 1958, previsto para la vía de recurso administrativo¹⁰.

La escueta regulación del art. 104 permite extraer las siguientes consecuencias:

1. La competencia para acordar la suspensión corresponde a quien ostente la de resolver el procedimiento de revisión de oficio.

2. La suspensión puede acordarse una vez iniciado el procedimiento. Nada obsta, sin embargo, a que se adopte en el propio acuerdo de iniciación, una vez acordada ésta.

3. La identidad de razón que fundamentó las Sts TS de 22 de mayo de 1991 y 22 de julio de 1996 permite sostener la aplicación analógica del más amplio contenido previsto en el art. 111 para la vía de recurso administrativo. En concreto, serán posibles medidas cautelares para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada (apartado 4); será necesaria la publicación si afecta a una pluralidad indeterminada de personas (apartado 5); y, lo que es más importante desde la perspectiva de la revisión de oficio iniciada a instancia de parte, se entenderá otorgada la suspensión si transcurren treinta días desde la solicitud sin que se haya “dictado” resolución expresa al respecto (apartado 3). En este último caso, la reforma de la Ley 4/1999 excluye la regla general consistente en que el plazo para resolver incluye la notificación al interesado.

4. Los criterios para acceder a la suspensión son los tradicionales de que la ejecución del acto pudiera causar perjuicio de imposible o difícil reparación.

¹⁰ En este sentido cabe citar las Sts TS de 22 de mayo de 1999 -Ar. 4284- y de 22 de julio de 1996 -6204-, que se refiere como precedente, a la de 21 de febrero de 1965 -Ar 1690-.

D/ Trámite de audiencia y dictamen del alto órgano consultivo.

Ambos constituyen requisitos esenciales del procedimiento: el primero, por imperativo del art. 84 de la Ley 30/1992, pues no puede quedar indefenso nadie a quien afecte la declaración de nulidad por ostentar derechos derivados del acto que se pretende anular; el segundo, por exigencia específica del art. 102, en tanto requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

La audiencia al interesado, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, que debe someterse al dictamen del Consejo de Estado o Consejo Consultivo autonómico, deberá realizarse, desde luego, a quién haya instado la revisión de oficio, pero también a quienes ostentan la condición de interesado, es decir, los titulares de derechos que puedan resultar afectados por la resolución del procedimiento de revisión de oficio, se hayan o no personado, y los de intereses legítimos, si se han personado antes de la resolución.

Por otra parte, también es posible la audiencia ante el propio Consejo de Estado, en trámite de emisión del dictamen, según resulta del art. 18 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y del art. 125 de su Reglamento Orgánico. De igual modo, se contempla la posibilidad de audiencia ante los Consejos Consultivos autonómicos. Sirve de ejemplo, el art. 29 del Decreto 118/1993, de 14 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Consell Consultiu de las Illes Balears.

En cuanto al dictamen del Alto Cuerpo Consultivo basta señalar que no ofrece peculiaridad alguna en caso de que el procedimiento se haya iniciado a solicitud del interesado.

E/ Terminación del procedimiento y efectos.

La redacción del apartado 5 del art. 102, derivada de la Ley 4/1999, ha concretado que el plazo para resolver y notificar del procedimiento de revisión de oficio será de tres meses. Con ello no ha hecho sino ratificar lo que, en la redacción anterior de la Ley 30/1992, se deducía de la aplicación supletoria del art. 42.3º. La doctrina¹¹ resalta la insuficiencia del plazo, que resulta superado por la suma parcial de los previstos para los distintos trámites que pueden sucederse.

1.- Los efectos derivados de la inactividad de la Administración, con superación del plazo previsto de tres meses para resolver y notificar, son distintos según el modo de inicio del procedimiento, conforme se desprende del art. 102.5º:

a) Si se hubiera incoado de oficio, la referida inactividad “producirá la caducidad del procedimiento”. Dada la imprescriptibilidad de la nulidad de pleno

¹¹ En particular, Rafael Gómez-Ferrer Morant en "La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", edit. Tecnos, pág. 302.

derecho, la caducidad no impide la reiteración de la tramitación. No es infrecuente, por la brevedad del plazo de tres meses, que la caducidad concurra en más de una ocasión. Por ello resulta sostenible la aplicación analógica del art. 66 de la Ley 30/1992 que permite acordar la conservación de actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual. Además, por imperativo del art. 44.2º de la Ley 30/1992, "... la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 92". Por desgracia, la remisión al artículo 92 se realiza, únicamente, para los efectos previstos en el mismo, una vez declarada la caducidad. Con ello se excluye, para los procedimientos de revisión iniciados de oficio, la posible aplicación de la regla del apartado 4 del artículo 92, según el cual, en procedimientos iniciados a instancia del interesado, la caducidad podrá no ser declarada "... en el supuesto de que la cuestión suscitada afecta al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento". A mi juicio, se trata de una regla que sería particularmente útil en supuestos en que se trata de depurar actos y disposiciones nulas de pleno derecho que, por su propia naturaleza, pueden ser indefinidamente reiteradas. No existe obstáculo, por lo tanto, para que, una vez declarada la caducidad, pueda iniciarse un nuevo procedimiento para la misma revisión de oficio, sea de oficio o a instancia del interesado. Sin duda, se trata de un efecto contenido en el art. 92.3º de la Ley 30/1992, comprendido en la remisión efectuada por el art. 44.2 del propio texto legal.

b) Cuando el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud del interesado se podrá entender desestimada por silencio administrativo. Se trata, como es sabido, de ficción legal que tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente (art. 43.3º de la Ley 30/1992), pero que no excluye la pervivencia de la obligación de dictar resolución expresa que, en tal caso, se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio (art. 43.4.b) de la Ley 30/1992).

2.- En cuanto al contenido de la resolución expresa, el artículo 102.4º de la Ley 30/1992 prevé que pueda alcanzar a establecer "... las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley...". El reconocimiento indemnizatorio puede acordarlo de oficio la Administración que revisa el acto, pero, en tal caso, debe haberse puesto en conocimiento del interesado la prevista decisión al respecto, para que pueda formular las alegaciones pertinentes. Si la indemnización ha sido solicitada por quien ha instado la revisión de oficio se produce un supuesto de acumulación de acciones: de nulidad e indemnizatoria, siendo la segunda subordinada de la primera, de modo que sólo deberá resolverse si ha lugar a la anulación solicitada.

La indemnización puede ser solicitada también, no por quien ha instado la revisión, sino por cualquier otro interesado (por ejemplo, el titular del derecho declarado por el acto que se pretende revisar). En tal caso la titularidad de las acciones de nulidad e indemnizatoria corresponde a distinta persona, con igual carácter acumulado y subordinado antes analizado.

En cualquier caso, la posibilidad de establecer, junto a la resolución del procedimiento de revisión de oficio, las indemnizaciones que procedan, no excluye, si no se ha hecho uso de la misma, la solicitud autónoma de indemnización por responsabilidad patrimonial dentro del plazo de un año desde la notificación de la resolución anulatoria. En cambio, si la resolución contiene establecimiento de indemnización, y se discrepara de esta última, la vía debería ser la de su impugnación, pero no la de la nueva solicitud autónoma por la diferencia.

Por último, y en línea con el criterio general contenido en el artículo 142.4º de la Ley 30/1992, debe añadirse que para tener derecho al resarcimiento no basta la anulación del acto por vía de revisión de oficio, sino que habrá que demostrar que concurren los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial, incluida la inexistencia de deber de soportar el daño. A ello responde la remisión que el art. 102.4º hace a las circunstancias previstas en los artículos 139.2º y 141.1º.

3.- Si el contenido de la resolución consiste en la anulación de una disposición general, el art. 102.4º, en la redacción derivada de la Ley 4/1999, ha reincorporado la regla contenida en el art. 120 de la L.P.A. de 1958 según la cual subsisten los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

La anulación de disposiciones generales por la propia Administración no puede derivar de los recursos administrativos, a partir de que la Ley 30/1992, en su artículo 107.3º, estableciera que “Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”. Sin duda por ello no se recogió la regla del artículo 120 de la L.P.A. de 1958 que, sistemáticamente, estaba incluida en la sección de principios generales del capítulo dedicado a los recursos administrativos, y que se ha reincorporado, ahora en sede de revisión de oficio (art. 102.4º), cuando la reforma derivada de la Ley 4/1999 ha regulado expresamente la revisión de oficio de disposiciones generales.

F/ Recursos administrativos contra la resolución recaída en procedimiento de revisión de oficio.

La nueva redacción del artículo 102 derivada de la Ley 4/1999 ha suprimido del párrafo 2 del art. 102 la indicación de que “... no es susceptible de recurso administrativo alguno...”. Ciertamente, dado que la competencia para resolver el procedimiento revisor se atribuye a los órganos superiores de cada Administración Pública, la regla general será que frente a la resolución cabrá recurso potestativo de reposición y sólo excepcionalmente recurso de alzada, sin perjuicio, en todo caso, del control jurisdiccional mediante recurso contencioso-administrativo. La conclusión se fundamenta en que, desaparecida la prohibición, despliega todo su efecto la regla general de recursos administrativos contra las resoluciones que ponen fin a un procedimiento administrativo.

EL CARACTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EL FUNCIONAMIENTO NORMAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

Vicente Garrido Mayol

Presidente del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana

Sumario

Introducción: La responsabilidad como garantía para el ciudadano.

1.- El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial pública. 2.- La responsabilidad derivada del funcionamiento normal de los servicios públicos. 3.- Algunos supuestos de responsabilidad derivada del funcionamiento normal de los servicios públicos: A) El daño desproporcionado; B) La realización de obras públicas; C) El ejercicio del "ius variandi"; D) El riesgo creado; E) La actividad de policía y las situaciones de emergencia.

INTRODUCCIÓN: La responsabilidad patrimonial como garantía para el ciudadano.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación de reparar o indemnizar el daño causado se reconoció ya en el siglo XIX, como consecuencia de un acto o de una omisión culpable, pero sólo en el ámbito de las relaciones privadas. A tal principio responde el art. 1902 del Código Civil que ha llegado a nuestros días.

Por el contrario, durante mucho tiempo, se consideró que el Estado no debía ser responsable de sus actos, desde el punto de vista patrimonial. Es de clásica cita la vieja idea formulada por los juristas ingleses, pero asumida por el sistema continental, según la cual nada de lo que hiciera el Rey, -el Estado-, podía considerarse ilícito.

De ahí que en la evolución del Estado de Derecho, un hito de singular importancia lo constituya el reconocimiento del llamado "principio de garantía patrimonial", que, en su más sencilla formulación, equivale al derecho de los particulares a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las inmisiones singulares de que éste pueda ser objeto por parte de los poderes públicos o a que se reparen los daños sufridos como consecuencia de la actuación de aquéllos.

La idea de la inmunidad de los poderes públicos ha quedado desterrada. Si en el ámbito privado hay que responder por los daños causados a terceros, también cabe exigir responsabilidad en las relaciones jurídico-públicas. Y esta posibilidad se configura como un límite del poder del Estado en favor del ciudadano

constituyendo, en palabras del Tribunal Supremo, una “pieza fundamental de nuestro Estado de Derecho” (STS 6-11-79, 4-7-80 y 7-7-82).

En España la regulación de la responsabilidad patrimonial pública es tardía, pues no llegó a reconocerse hasta mediados del pasado siglo¹ y aunque la Constitución de 1978 no supuso una especial novedad, en esta materia, desde el punto de vista normativo, en lo esencial, sirvió como escaparate del reconocimiento de ciertos derechos a los ciudadanos, lo que, en definitiva, provocó la utilización más frecuente por éstos, de los medios que el ordenamiento jurídico ponía a su alcance.

La estadística de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial permite comprobar el notable incremento que se ha producido tras la vigencia de nuestra Constitución. Por ejemplo, en el período 1973-1975 se dictaron un total de 71 Sentencias, y sólo en 1990 podemos contabilizar 175²; casi mil Sentencias, entre 1995 y 2000; un total de 773, durante los años 2001 a 2003³.

Ello pone de manifiesto el enorme efecto expansivo de este instituto jurídico que ha popularizado, además, la irrupción de asuntos que han calado profundamente en la sensibilidad de la opinión pública: los casos del aceite de colza, de la presa de Tous, de Hipercor, o más recientemente, de Gescartera, son ejemplos bien significativos.

Pero es lo cierto que, desde distintos ámbitos jurídicos se ha pasado de saborear las posibilidades que la imputación de responsabilidad al Estado proporciona, a propugnar cierto orden para evitar la dispersión de criterios jurisprudenciales y el desbordamiento de reclamaciones, no siempre justificadas.

Y es que se ha podido observar, en esta cuestión de la responsabilidad pública, un movimiento pendular que nos ha llevado de proclamar la inmunidad del poder público, a considerar un sistema de responsabilidad objetiva como mecanismo asegurador universal que obligue al Estado, a las Comunidades autónomas o a las Provincias y Municipios, a indemnizar todo daño que se produzca en sus instalaciones, en sus infraestructuras o como consecuencia de la prestación de sus servicios.

Al parecer hay quienes piensan que siempre hay que buscar algún responsable de las adversidades e infortunios que podamos sufrir.

¹ Sobre la evolución normativa, vid. V. Garrido Mayol, *“La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado Legislador”*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 56 y ss.

² Datos aportados por L. Martín Rebollo. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Un balance y reflexiones”. R.A.P. n° 150, Sept-Dic. 1999.

³ Bases de datos de Aranzadi.

También pueden resultar perversos algunos planteamientos que confunden responsabilidad patrimonial, -cuya declaración es un acto de justicia-, con la compasión o con la generosidad⁴, pues hemos de ser conscientes de que las indemnizaciones correspondientes lo son con cargo a los caudales públicos.

1. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial pública.

El resarcimiento de toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos es un derecho constitucional, pues está reconocido en el artículo 106.2 de nuestra Carta Magna.

La Ley 30/1992, de 26 noviembre, que en este punto desarrolla la Constitución, configura la responsabilidad patrimonial como “objetiva”, al indicar su artículo 139.1, más allá de lo que el texto constitucional dispone, que será indemnizable la lesión patrimonial consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, al modo en que lo hacía el artículo 40 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957.

Pero, ¿qué ha de entenderse por “responsabilidad objetiva”?

Para contestar a este interrogante hay que tener en cuenta que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene un fundamento distinto al de la responsabilidad civil⁵. En efecto, y aunque ambos tipos de responsabilidad pueden descansar en el principio de inmunidad,- en virtud del cual todo daño debe ser resarcido por su causante-, el fundamento de la responsabilidad patrimonial es más amplio y profundo, pues responde a la concepción del Estado como servidor del ciudadano, al que debe prestar, por medio de su Administración, servicios bien gestionados y reparar los daños que esa prestación le pueda irrogar.

Como ha destacado el Consejo de Estado en su Memoria de 1998, la regla “ningún daño sin reparación”, en el ámbito administrativo no tiene como fundamento último el principio civil de la responsabilidad aquiliana, aunque comparte con ésta última una base ética que se relaciona con las ideas de justicia conmutativa, de reequilibrio de situaciones, de evitar empobrecimientos sin causa y de equidad, que inspiran la preocupación jurisprudencial por la indemnización de las víctimas en la determinación de una y otra responsabilidad, la civil y la patrimonial pública.

4 A. Pérez-Tenesa. RAP nº 154, pág. 61.

5 Desde el ámbito jurídico-privado se critica la expresión “Responsabilidad patrimonial” y el abandono de la ya arraigada “responsabilidad civil”, aduciendo que ésta, en todo caso, también es patrimonial. Vid. al respecto M. Izquierdo Tolsada. “Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia y por actos legislativos”. Revista Jurídica General del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 23 (2002), pág. 263. En el derecho público ya se ha extendido el uso del término responsabilidad patrimonial que, a mi juicio, podría ser sustituido por “responsabilidad pública”, en contraposición a la civil que, por su propio nombre, debe reservarse para calificar la derivada de las relaciones entre particulares.

Pero el fundamento de la responsabilidad del Estado es, como decíamos, más amplio y profundo: en palabras del Tribunal Supremo, supone una garantía de la seguridad jurídica con entronque en el valor justicia, pilar del Estado social y democrático de derecho (SSTS de 15 de Diciembre de 1997 y 4 de Marzo de 1998); pero también, la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas,-el daño causado debe ser reparado con cargo a la colectividad-; una manifestación del principio de legalidad y de la proscripción de la arbitrariedad,- la responsabilidad es también una reacción frente a actuaciones ilegales y arbitrarias-. Todo ello conforma la amplia base sobre la que descansa la responsabilidad patrimonial.

Pero es que, además, las reglas que rigen la responsabilidad civil y la pública, son también diferentes. Si para que, en ambos casos, proceda la indemnización es necesario que exista una lesión y un nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, en el ámbito civil es preciso, además, que haya mediado culpa o negligencia en quien lo ha provocado. (“*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”, reza el artículo 1902 del Código Civil).

Aunque no es momento de analizar la evolución jurisprudencial en torno a la interpretación del requisito legal de la culpa o negligencia, sí conviene destacar que aquél no cabe postularlo en el ámbito de la responsabilidad pública, puesto que en éste procederá indemnizar las lesiones que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, como ya hemos visto, lo que supone la posibilidad de que nazca la responsabilidad como consecuencia de un actuar lícito de la Administración, al margen de cualquier actuación culpable.

Y tan ello es así, que el Tribunal Supremo ha indicado que resulta improcedente invocar, para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado, el art. 1902 y siguientes del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, por carecer dichos preceptos de relación alguna con el ámbito de las relaciones particular-Administración, distintas de las privadas reguladas por el Derecho Civil (Sentencia de 5 de Junio de 1998).

Ello no obstante, es lo cierto que cabe observar un punto de convergencia entre ambos institutos jurídicos, pues mientras que la responsabilidad civil se ha ido progresivamente “objetivizando”, es difícil encontrar pronunciamientos jurisprudenciales sobre la responsabilidad pública en los que no se aprecie una subjetivización de ésta, habida cuenta que los requisitos para el nacimiento de la obligación de indemnizar son, normalmente, inobjetivables.

En efecto, en el ámbito civil, en nuestro derecho, al igual que en el otros países, la fórmula de la responsabilidad objetiva se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad humana caracterizados por su intrínseca peligrosidad. El ejemplo más relevante es el que se refiere a la circulación de vehículos de motor, en la que se responde de los daños causados a no ser que se pruebe que éstos fue-

ron debidos únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; pero también, en relación con supuestos correspondientes a actividades empresariales e industriales que llevan inherente un factor o componente de peligrosidad. (STS 20-5-93). Y es que, como ha destacado el Tribunal Supremo, la irrupción, en este ámbito, del seguro obligatorio ha provocado que se tenga que precisar que si bien la responsabilidad civil está basada en la necesaria concurrencia de culpa, la cubierta por el seguro obligatorio obedece a criterios ajenos a la culpabilidad del agente (STS 8 de Julio de 1983). De esta manera se ha ido abriendo camino la tendencia a una responsabilidad basada en el riesgo (objetiva), frente a una responsabilidad basada en la culpa (subjética), al considerarse que deben asumirse las consecuencias de una actividad arriesgada.

Como nos recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de diciembre de 1998⁶, *“el artículo 1902 del Código Civil, así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual emana la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual –también «aquiliana» por haber sido introducida en el área jurídica por la Ley Aquiliana del siglo III antes de Cristo-, figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son:*

a) Un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación,

b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijurudicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación «in vigilando» y a un «plus» en la diligencia normalmente exigible”.

Y más adelante añade que *“la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, -se está refiriendo a la Civil-, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical”.*

Por el contrario, en el ámbito de la responsabilidad pública, es constante el criterio jurisprudencial que, si bien incide en el carácter objetivo de aquella,

⁶ Y en el mismo sentido, SSTs de 16-10-89 y 20-5-93.

considera que para que haya lugar a su declaración es preciso constatar que la actuación administrativa entrañaba cierto riesgo, o bien que se ha desarrollado de forma deficiente, insegura, o anormal, para el ciudadano.

Es decir, por una parte se considera que la responsabilidad del Estado se configura como objetiva o por el resultado, siendo indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Febrero de 1998, -y en el mismo sentido, la de 15 de Diciembre de 1997-, señala que *“esta fundamental característica impone que no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”*.

Pero, a continuación, indica que para que el daño sea antijurídico, *“basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social”*, introduciendo, de esta forma, un elemento subjetivo que, de alguna manera, acerca la responsabilidad patrimonial del Estado a la civil propia de las relaciones entre particulares.

Se pueden contar por docenas las Sentencias del Tribunal Supremo que, haciendo una loa al carácter objetivo de la responsabilidad, terminan considerando elementos típicamente subjetivos para estimar o no la pretensión del recurrente.

Y es que como señala la Sentencia de 5 de Junio de 1998, *“La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario,...se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”*.

Ello no obstante, y como conclusión, cabe afirmar que aunque sean evidentes las similitudes entre la responsabilidad civil y la patrimonial del Estado, como ha destacado el Consejo de Estado en su Memoria de 1998, la responsabilidad patrimonial del Estado goza de autonomía frente a la civil en sus fundamentos y en sus reglas, e incluso en su procedimiento judicial, toda vez que mientras que la civil es exigible ante los órganos de tal orden jurisdiccional, la patrimonial del Estado ha de articularse, tras el correspondiente procedimiento admi-

nistrativo, ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁷. Pero es indudable que, en la práctica, son cada vez mayores las similitudes con que aparecen configurados ambos institutos jurídicos.

2. La responsabilidad derivada del funcionamiento normal de los servicios públicos.

La normativa tanto estatal como autonómica, siguiendo la tónica anterior, consagra una responsabilidad objetiva al establecer, como hemos dicho, que los particulares tienen derecho a ser indemnizados... de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, -excluidos, desde luego, los supuestos de fuerza mayor-, siendo exigible la individualización del daño, un daño que ha de ser efectivo y evaluable económicamente.

Además de regular las bases para calcular la indemnización que pueda corresponder y de advertir que solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar, establece el procedimiento a seguir para exigir la responsabilidad del Estado por el concepto que estudiamos.

De esta manera ha quedado configurado un sistema de responsabilidad del Estado tratándose de una responsabilidad de carácter objetivo, sin necesidad ya de elemento subjetivo o de culpa, requiriéndose, tan sólo, que los daños y perjuicios efectivos, materiales e individualizados hayan sido ocasionados, al margen de negligencia, por la actuación de los órganos del Estado o de los agentes o funcionarios a su servicio.

Hay que destacar, por tanto, que la responsabilidad no se ciñe exclusivamente a la comisión de actuaciones arbitrarias, ni tampoco al abuso o desviación de poder, ni a la utilización de la vía de hecho, que son, por sí mismos, arbitrarios. Por el contrario, la responsabilidad de los poderes públicos alcanza a todos aquellos supuestos en que su actuación, aun siendo conforme con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, causa perjuicio a algún ciudadano. En tales casos, los poderes públicos están sujetos a responsabilidad por los perjuicios causados y se les impone la obligación de repararlos.

El sistema de responsabilidad objetiva configurado por el ordenamiento español es, por tanto, amplio y generoso, y responde a la concepción constitucional de la Administración Pública al servicio de la ciudadanía, a la que debe ofrecer buenos servicios y bien gestionados, frente a cuyos defectos y debilidades el Estado debe responder.

⁷ Art. 2,e) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 6/98, de 13 de julio.

Ahora bien, desde la doctrina científica no son pocas las voces que han tratado de moderar la interpretación de la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos” que puede dar lugar a indemnización. Entre los civilistas, Pantaleón⁸ considera erróneo parificar a efectos de responsabilidad de la Administración “funcionamiento normal” y “funcionamiento anormal” de los servicios públicos, en el sentido de que tanto el uno como el otro comporten, con carácter general, la indemnización de los daños que ocasionan, salvo que se incluya en la responsabilidad por “funcionamiento normal” la llamada responsabilidad por riesgo.

Entre los administrativistas, Garrido Falla y Parada también se muestran reacios a una aplicación indiscriminada o a una interpretación inadecuadamente extensiva del sistema de responsabilidad.

Parada considera que ello podría llevar a resultados excesivos, con la consiguiente paralización de la actividad administrativa, o a dedicar una excesiva y desproporcionada parte de los ingresos públicos a la satisfacción de sus necesidades⁹.

Por su parte, Garrido Falla ha señalado que en materia de responsabilidad patrimonial la regla general es el “funcionamiento anormal”; la expresión “funcionamiento normal” cubre los supuestos de riesgo creado y el de aquellas actuaciones administrativas, -en especial obras públicas-, que causan perjuicios singulares que, por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, justifica la obligación de reparar¹⁰. Por ello, propone una reforma del art. 139.1 de la Ley 30/1992, para que en lugar de conectarse la responsabilidad al “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” se haga por referencia “al funcionamiento de los servicios públicos”, sin más, confiando en que, de esta manera, se haga más clara la dualidad de títulos fundamentales de la responsabilidad que él propugna.

Y es que, como se ha expuesto, la jurisprudencia funciona como si la expresión “funcionamiento normal” no existiera realmente, buscando casi siempre un signo de mal funcionamiento en el servicio como criterio con el que justificar la condena de la Administración.

Tanto el Consejo de Estado como el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana han destacado en reiteradas ocasiones que el hecho de

8 F. Pantaleón Prieto, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. Documentación Administrativa, nº 237-238 (1994), pág. 247.

9 R. Parada Vázquez, “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Madrid, 1993, pág. 423.

10 F. Garrido Falla, “Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa”. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 94 (1997), pág. 185.

que la responsabilidad patrimonial del Estado haya sido calificada de objetiva, no quiere decir que este instituto jurídico comporte una obligación universal de resarcimiento a cargo del Estado, -o de la Comunidad autónoma-, de todo perjuicio sufrido por los particulares por la utilización de un servicio público: la responsabilidad patrimonial pública no puede derivar de todos los daños que puedan producirse en locales, instalaciones o bienes de titularidad pública.¹¹

3. Algunos supuestos de responsabilidad derivada del funcionamiento “normal” de los servicios públicos.

Ya he hecho referencia a que son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales, -y en el mismo sentido, los dictámenes de los órganos consultivos que preceptivamente han de emitirse en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial-, que engarzan la procedencia del deber indemnizatorio en elementos subjetivos relacionados con la actuación, -u omisión-, de la Administración. Suelen ser la mayoría de los supuestos que se puede considerar que derivan de un “funcionamiento anormal” de los servicios públicos.

Pero, precisamente por el carácter objetivo de la responsabilidad pública, hay otros consecuencia del “funcionamiento normal”, que es en los que tal objetividad adquiere realmente, virtualidad. Analicemos algunos supuestos.

A) El daño desproporcionado.

Daños anormales o desproporcionados, en los que se estima que procede indemnizar (SSTS de 2 de Diciembre de 1996 y 8 de Septiembre de 1998, y Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 274/99), lo que puede considerarse que constituye un supuesto de responsabilidad puramente objetiva.

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana ha tenido ocasión de considerar la existencia de daños desproporcionados en diversos casos que fueron sometidos a su preceptiva consulta.

En el Dictamen 274/99, estudió el caso de una mujer que se sometió en el Hospital Marina Alta, de Denia, a una laparotomía para liberación de adherencias y a una ligadura de trompas. Durante el post-operatorio apareció un cuadro de dolor en el trayecto fémoro-cutáneo izquierdo. La intervención le afectó de tal manera al nervio, que le provocó una pérdida de sensibilidad en su pierna izquierda, alterando su sexualidad y produciendo dificultades en su capacidad de movimiento.

Ningún informe médico ofreció cumplida justificación de lo ocurrido. Aunque se hubieran adoptado todos los cuidados y medidas aconsejadas, el resul-

¹¹ Dictamen del Consejo de Estado 1620/97 y Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana 265/97, 660/98 y 149/99, entre otros.

tado fue enormemente dañoso o desproporcionado en relación con la asistencia prestada. Quedaba claro, en todo caso, que el daño era consecuencia de la intervención quirúrgica. El Consejo Jurídico Consultivo estimó que debía declararse la responsabilidad patrimonial de la Generalitat Valenciana, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras, en sus Sentencias 02-12-96, 12-02-98 y 08-09-98.

En otro Dictamen posterior, -el 410/1999-, contemplamos el supuesto de una señora que acude al oftalmólogo para una exploración rutinaria; al inyectarle fluoresceína quedó en coma vigil que se prolongó hasta su posterior fallecimiento. Hubo una reacción adversa a la fluoresceína pero, en todo caso, el daño fue, evidentemente, desproporcionado a la asistencia recibida. También entonces consideramos, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, que si bien en el ámbito de la responsabilidad sanitaria la carga de la prueba de la imputabilidad de negligencia profesional compete, en principio, al paciente que reclama, cabe establecer una excepción cuando el daño es desproporcionado o enorme en relación con la asistencia prestada.

Esta doctrina del daño desproporcionado se recoge con claridad en la STS 29-06-99, en el supuesto de una mujer relativamente joven, -44 años-, que se somete a operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorrespiratoria, sin que el centro médico diera la más mínima explicación coherente sobre ello: evidentemente, es un daño desproporcionado. El Tribunal Supremo recuerda la regla "*res ipsa loquitur*", -la cosa habla por sí misma-, que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia, -aunque no la haya habido-, que requiere:

- a) que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.
- b) que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado, -normalmente, del médico interviniente-, aunque no se conozca el detalle exacto.
- c) que el daño no se haya causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.

El Tribunal Supremo considera al INSALUD como objetivamente responsable del resultado dañoso desproporcionado que produjo la muerte de la paciente.

B) La realización de Obras Públicas

Obviamente, entra dentro de la esfera de las competencias propias del Estado, de las Comunidades autónomas y de las Corporaciones Locales, la realización de Obras Públicas que, en muchas ocasiones, producen incomodidades, y en otras algún tipo de daño, no siempre indemnizable.

En efecto, las obras en una vía pública, por ejemplo, suelen producir molestias e incomodidades en su zona de influencia que han de conceptuarse como cargas inherentes a la actividad administrativa, excluyendo su consideración como daño en sentido técnico-jurídico, y que, por tanto, no dan lugar a indemnización. Así lo estimó el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen 426/98 en el que se estudió la reclamación del propietario de una vivienda que reclamó una indemnización por perjuicios sufridos en su inmueble, -que no probó-, y por sus moradores, a consecuencia de las obras que la Conselleria de Obras Públicas realizó en las proximidades de su propiedad.

El mismo criterio mantuvo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13-01-92, en relación con una reclamación formulada por una empresa salinera que vio interceptado parcial e intermitentemente, durante un determinado periodo de tiempo, el acceso a sus instalaciones. En opinión del Supremo Tribunal se quiebra, en este caso, el concurso de los factores necesarios para desencadenar la satisfacción indemnizatoria pues, *“la incomodidad, o el aumento de los costes de una actividad que se viene desarrollando no es suficiente, pues es preciso la conjugación de circunstancias que pongan de manifiesto la existencia de daño, la imputabilidad responsable, y que éste no se corresponda con un actuar adecuado...”*

Tampoco ha lugar a la declaración de responsabilidad y a la subsiguiente indemnización en los supuestos, muy típicos, de variaciones en el trazado de carreteras con la consiguiente modificación del acceso a los edificios y establecimiento colindantes, por ejemplo, restaurantes, cafeterías, hoteles... Considera, en este caso, el Tribunal Supremo que no es indemnizable la pérdida de expectativas que se produzca como consecuencia de tales variaciones, pues no existe un derecho a que las carreteras transcurran por el mismo lugar y el acceso a ellas mantenga su configuración; y es legítimo el ejercicio de las potestades administrativas de innovación de la realidad física y jurídica en aras del interés general, si no va acompañado de la infracción del principio de confianza legítima o de la ausencia injustificada de medidas de compensación exigibles (SSTS 15-09-98 y 14-06-01).

Ahora bien, procede indemnización por pérdida de acceso a carreteras cuando su desaparición deje a la finca o al establecimiento de que se trate privado del que tuviese desde la carretera y no se ejecute cualquier otro en la forma prevista en la legislación sobre carreteras (SSTS 15-09-98, 30-04-01 y en el mismo sentido, Dictamen del Consejo de Estado 90/94); o cuando se produzca un perjuicio singular y efectivo más allá de la mera frustración de expectativas generadas por la colindancia con la vía pública, como podría ocurrir cuando se obstaculiza de modo inadecuado el acceso a las instalaciones del afectado o éste fuera titular de autorización o concesión de algún tipo o no se hubieran adoptado medidas compensatorias exigibles en función de la nueva situación (STS 16-06-01 y Dictamen Consejo de Estado 1601/95).

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valencia ha tenido ocasión de dictaminar asuntos relativos a daños producidos por la realización de obras públicas. En su Dictamen 75/2000 estudió la reclamación de la concesio-

naria del surtidor de gasolina sito en una calle de Valencia, que sufrió importantes y probadas pérdidas económicas como consecuencia de la realización de las Obras del Metro por la Conselleria de Obras Públicas, que comportaron una notable disminución del tráfico rodado. Además, la maquinaria y medios de transportes precisos para la obra ocultaron el meritado surtidor haciendo complejo el acceso a aquel.

El Consejo Jurídico Consultivo consideró que se trataba de un supuesto de funcionamiento “normal” de los servicios públicos, con un resultado individualmente lesivo que razones de justicia distributiva imponen que no deba ser soportado en exclusiva por el afectado. Por ello, e invocando el principio, -propio del Estado social de Derecho-, de distribución de los beneficios y las cargas, consideró que procedía declarar la responsabilidad patrimonial y abonar una indemnización, con cargo a los fondos públicos, reparadora del sacrificio singular sufrido.

En otro Dictamen (71/2002) llegó a similar solución. Se trataba del supuesto de la realización de obras en la carretera Benidorm-Guadalest, con restricción total de tráfico durante más de diez meses. El arrendatario de un Restaurante allí ubicado sufrió evidentes perjuicios que, por las razones anteriormente expuestas, el Consejo consideró que debían ser indemnizados, pese a la “normalidad” de la prestación del servicio público.

Para completar este panorama de supuestos de funcionamiento “normal” cabe hacer referencia a la STS 01-03-01, que estimó el recurso de un concesionario de automóviles con establecimiento abierto al público en la calle Armando Palacio Valdés de Valencia. También las obras del metro comportaron el cierre de aquella vía pública, y la imposibilidad de que el recurrente pudiera renovar los vehículos expuestos para venta en su local. Quedó probada la notable disminución de ventas en relación con otros años, y con la media de ventas de otros concesionarios de la misma marca en la provincia de Valencia. El Tribunal Supremo estimó el recurso y le reconoció el derecho a ser indemnizado.

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia de 19 de abril de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que examina el daño producido como consecuencia de la realización de determinadas obras de urbanización que produjeron la privación del acceso de la parcela del actor a camino público y, como resultado de ello, la imposibilidad de efectuar las correspondientes labores de cultivo y recolección de las cosechas del campo de naranjos existente en aquella. Ello comportó una lesión en el patrimonio del actor producida por la actuación urbanística que, si bien implica el ejercicio de un derecho legítimo de la Corporación Local, no puede, sin embargo, derivarse de dicha actuación perjuicio alguno para el particular. Por ello, la Sala declara como situación jurídica individualizada el derecho del actor a ser indemnizado por las cosechas de naranjas correspondientes a determinadas campañas, así como a la construcción, por parte del Ayuntamiento demandado, de una rampa de acceso a la finca propiedad de aquél.

Todos estos casos ponen de manifiesto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial pública; pero al propio tiempo explican que tal carácter no opera como un simple aseguramiento de todos los daños que la actividad administrativa pueda producir, pues el derecho a la indemnización debe estar debidamente justificado.

De cualquier modo, hay que destacar que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declarar la responsabilidad que como consecuencia directa de aquella se haya producido un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.

Como corolario de ello, esta fundamental característica impone, como ha destacado el Tribunal Supremo, que no sólo no es menester demostrar para exigir responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesarios probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Y es que, como ha señalado el Tribunal Supremo (STS 26-11-02), *“no sería objetiva aquella responsabilidad que exige demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quién padeció el perjuicio actuó con prudencia”*.

C) El ejercicio del “ius variandi”

Cabe hacer referencia, ahora, a los supuestos de responsabilidad derivada de la actividad urbanística, del ejercicio del “ius variandi” por parte de las Administraciones Públicas.

En el régimen urbanístico de 1976 aparecía una cierta restricción: la alteración de los planes parciales y especiales o de los programas de actuación urbanística podía dar lugar a indemnización, pero la de los restantes instrumentos de ordenación, no.¹² Hoy en día, esta limitación ha desaparecido, al acudir al régimen general de la responsabilidad patrimonial, con el fin de ampliar la cobertura dispuesta por el art. 82.7 del Texto Refundido de 1976, a las modificaciones del Plan General o de alteraciones que incidan sobre suelo urbano.

A tal esquema responden los artículos 42, 43 y 44.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, que tienen carácter básico.¹³

12 I. Sevilla Merino. “La Responsabilidad patrimonial de la Administración por la aprobación de Planes Urbanísticos Municipales”. Federación Valenciana de Municipios y Provincias. Valencia, 1994, pág. 112.

13 Disposición Final Única.

El primero de ellos contempla el supuesto de la obtención de licencia de construcción, sin haber iniciado la edificación, en el momento de la entrada en vigor de la modificación o revisión del planeamiento: la licencia se declarará extinguida si resulta disconforme con la nueva ordenación, procediendo, en tal caso, indemnizar a su titular, por la reducción del aprovechamiento resultante de la nuevas condiciones urbanísticas, así como por los perjuicios que justificadamente se acrediten. También procederá indemnizar si se modifica o revoca la licencia cuando la construcción se hubiera iniciado.

Por su parte, el art. 43 prevé indemnizar las vinculaciones o limitaciones singulares que impongan las Ordenaciones en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados.

Por último, el art. 44.1 dispone que serán, en todo caso, indemnizables, los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, dentro de los plazos establecidos al efecto, que resulten inservibles como consecuencia de un cambio de planeamiento.

Pueden considerarse, tales supuestos, como propios de un funcionamiento “normal” de la Administración.

Fuera de estos casos, según criterio del Tribunal Supremo, no cabe reconocer indemnización derivada de la modificación o revisión del planeamiento. No es procedente cuando se trate de una revisión lógica, razonable o conveniente, y no un mero capricho de la autoridad planificadora. Añadiendo, además, y en todo caso, que los derechos adquiridos no nacen hasta que se reúnan todos los hechos jurídicos que son presupuestos o requisitos para ello, de suerte que no es dable invocar un derecho adquirido con base exclusiva en una ordenación que se oponga a las previsiones de la ordenación posteriormente aprobada (STS 25-06-90). Pero sí que habría un derecho adquirido si se han realizado obras de urbanización y éstas resultan alteradas por el nuevo planeamiento, causando al titular un quebranto económico, (SSTS 7 y 28-10-87).

Ahora bien, el Tribunal Supremo señala que el principio de confianza legítima formulado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede comportar la obligación de responder en el marco de la alteración de las circunstancias habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas en su mantenimiento. Pero advierte que tal principio no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la actuación correspondiente.

En su Sentencia de 30-06-01 señala que otro de los criterios aplicables para la determinación de la existencia de perjuicios indemnizables radica en la determinación de si los derechos o intereses de que ha resultado privado el even-

tual perjudicado han sido incorporados realmente a su patrimonio o constituyen meramente expectativas de derechos.

Y considera que existen derechos consolidados (STS 4-03-92):

- a) Cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado, no precluido, o superado sin ejecutar por causa imputable a la Administración (SSTS 01-02-82 y 16-12-85).

Estaríamos, en el primer caso, ante un supuesto de funcionamiento “normal”, pudiéndose defender que el segundo, lo es de funcionamiento “anormal”.

- b) Cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecte a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector (SSTS 29-09-80, 30-06-80, 24-11-81 y 01-02-82).

Podría ser éste, un supuesto de funcionamiento “normal”.

- c) Cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible, por la imposibilidad de integrarla en un polígono en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente, realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento (STS 20-05-86).

Todas estas circunstancias las aplica el Tribunal Supremo para estudiar un supuesto de perjuicio causado por una disposición de carácter general, -una Ley del Parlamento de las Islas Baleares, de declaración de espacios naturales-, a una sociedad que había realizado inversiones y gastos durante la subsistencia de una determinada ordenación urbanística. El plazo para la ejecución del planeamiento actúa como garantía de seguridad jurídica para el sector inmobiliario y los perjuicios, -gastos realizados por la obra urbanizadora en la zona después declarada área natural de especial interés-, en éste caso, debían ser indemnizados (STS 30-06-2001).

También el Tribunal Supremo ha declarado la indemnizabilidad de los gastos soportados para la preparación y aprobación de los instrumentos urbanísticos adecuados para el desarrollo y ejercicio de la ordenación vigente (STS 17-06-89).

La legislación urbanística de las distintas Comunidades autónomas contiene, también, diversos preceptos en los que se prevé indemnización como consecuencia del ejercicio del “*ius variandi*”. Por ejemplo, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, la Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística, en su

artículo 57, que regula la suspensión de licencias y de acuerdos de programación, prescribe que los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la suspensión tendrán derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y a la devolución de los tributos y cargas satisfechas a causa de la solicitud, siempre que ésta fuera conforme con la Ordenación urbanística vigente en el momento en que fue efectuada y resultara denegada por incompatibilidad con el nuevo planeamiento. Además, también prevé el artículo que comentamos, que procede indemnizar otros perjuicios irrogados por el cambio de planeamiento en caso de existencia de Cédula de Garantía Urbanística (que la expiden los Ayuntamientos a petición de los interesados, en relación con parcelas edificables, con plazo de vigencia de un año), u Orden de ejecución.

También la Ley 4/1992, del Suelo No Urbanizable prevé (art. 6.2) como lesión determinante de responsabilidad patrimonial, la afectación real y actual por las normas de especial protección, restrictiva de los usos y aprovechamientos, efectiva y legítimamente implantados y realizados. En el mismo sentido, la Ley 11/1994, de Espacios Naturales Protegidos dispone (art. 20) que las limitaciones al uso de los bienes derivados de la declaración de espacio natural protegido dará lugar a indemnización, siempre y cuando se vean afectados los derechos efectivamente incorporados al patrimonio del reclamante; afecten a usos o aprovechamientos legal y efectivamente ejercidos en el momento de la imposición de la restricción; se produzca una efectiva lesión patrimonial; y se trate de limitaciones singulares no susceptibles de distribución entre los afectados.

En definitiva, podemos constatar cómo, de muchos de éstos supuestos de “*ius variandi*”, que pueden conceptuarse, desde luego, como funcionamiento “normal” de la Administración, se derivan perjuicios que deben ser indemnizados. Así el carácter objetivo de la responsabilidad adquiere su propio sentido.

D) El “riesgo creado”

De la configuración de la responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento jurídico se deduce que el daño indemnizable ha de derivarse del funcionamiento de los servicios públicos.

Hemos visto, también, que la regla general para que nazca la obligación de indemnizar es que el funcionamiento haya sido “anormal” y nos hemos referido también a algunos supuestos de funcionamiento “normal” indemnizables. Otro de ellos es el de la creación del riesgo, el de la puesta en marcha de actividades que entrañan cierto riesgo para quienes deben realizarlas.

Hay que reconocer, no obstante, que la utilización de determinados servicios entraña de por sí, en ocasiones, un cierto riesgo, como muchas actividades que los humanos realizamos de forma cotidiana. Por eso, para que el daño que podamos sufrir por el funcionamiento de los servicios públicos sea antijurídico es necesario que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia

social: en estos casos el perjudicado no tiene porqué soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

Son muy típicos los supuestos de daños en los Centros Públicos docentes en los que hay que sentar dos postulados:

- a) Las Comunidades autónomas no responden de todos los daños que sufran los alumnos en los Centros públicos docentes, pues éstos no son una guardería.
- b) Para que respondan, es preciso que el daño sea consecuencia directa del servicio que se presta, esto es, que exista una relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio.

Por tanto los daños sufridos por los alumnos a consecuencia de la impartición de clases en las que haya algún riesgo, -tales como algunos supuestos de prácticas de laboratorio, de educación física, de formación deportiva, de aulas de naturaleza, y cualquier otra análoga¹⁴ o por causa de la deficiencia de las instalaciones tanto docentes como deportivas-, o por deficiencia en el cuidado y vigilancia que debe observar en todo momento el personal del centro, deben ser indemnizados.

Estos últimos supuestos pueden encuadrarse en lo que se considera un funcionamiento “anormal”, pero los de riesgo creado, no. Sin embargo, el carácter objetivo de la responsabilidad comporta el derecho a una indemnización. Y ello porque como ha señalado el Tribunal Supremo (STS 20-05-93), “*Constituye una exigencia social la consideración de que el creador de un riesgo, debe asumir todas las consecuencias de su actividad*”.

Desde luego, para calificar una actividad como arriesgada, hay que ponderar la concurrencia de determinadas circunstancias, como la edad de los alumnos; la dificultad de los ejercicios a realizar; el tipo de aparato, en clases de educación física; la falta de adiestramiento o de técnica; e incluso, la propia conducta de la víctima.

El Consejo Jurídico Consultivo dictamina, prácticamente, todas las semanas, numerosos supuestos de daños sufridos por alumnos, y entre ellos, algunos como consecuencia del riesgo creado. En su Dictamen 60/2000 (y en el mismo sentido, en los 113/2000 y 388/2000) se expresó en sentido favorable a indemnizar el daño como consecuencia de accidente sufrido por una alumna a la que se había iniciado en la práctica del “floorball”. Un compañero le golpeó involuntariamente, en la boca, con un stick, causándole lesiones.

¹⁴ Memoria del Consejo de Estado de 1994, pág. 139 y ss.

El Consejo Jurídico Consultivo señala que la practica de dicho deporte entraña cierta peligrosidad, especialmente cuando los alumnos no han adquirido la destreza necesaria para ello. En este caso no constaba que el Profesor de Educación Física hubiera omitido la diligencia debida. Pero se estimó que el carácter objetivo de la responsabilidad comportaba que los daños producidos en situaciones de riesgo creado deben ser reparados.

En el Dictamen 241/97, contempló el caso de una estudiante de la Universidad que, haciendo prácticas de laboratorio en el Hospital Clínico de Valencia se pinchó en la mano con la aguja de una jeringuilla al moverse la paciente, que era portadora de V.I.H., quedando la alumna infectada. Ciertamente se trataba de un hecho fortuito, pero el carácter arriesgado de la actividad que aquella tuvo que desarrollar comportó que se estimara que debía declararse la responsabilidad patrimonial.

Y en su Dictamen 189/99 aplicó, asimismo, la teoría del riesgo creado en relación con una alumna que, haciendo practicas de laboratorio en su Centro escolar, sufrió quemaduras considerables en la cara al saltarle ácido sulfúrico, criterio que, igualmente, sostuvo en su Dictamen 403/02.

Son todos ellos, supuestos, de funcionamiento “normal”, donde hablar de “responsabilidad objetiva” adquiere todo un sentido.

E) La actividad de policía y las situaciones de emergencia.

Hay otros muchos supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos que también generan daños individualizados que merecen ser indemnizados. Y es que la macroactividad que desarrollan las Administraciones Públicas no siempre puede llevarse a cabo de una forma ideal, sin causar molestias e incomodidades y, en ocasiones, daños singulares.

Piénsese en la actividad de policía cuando, en cumplimiento de sus obligaciones, los cuerpos de seguridad tienen que hacer uso de la fuerza, por ejemplo, en casos de flagrante delito o de disolución de manifestaciones ilegales que generan disturbios públicos; en definitiva, del uso de medios represivos que la ley pone a disposición de aquéllos.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto, expresando en relación con la participación de ciudadanos en una manifestación ilegal, que “*existe el deber juridico de soportar el daño cuando el lesionado se ha arriesgado a participar en una manifestación ilegal y violenta*” (STS 17-04-01), y que “*no puede pretender aquí [el recurrente] extraer una consecuencia beneficiosa de un acto suyo que era contra la Ley*” (STS 21-12-98). En esta última resolución, el Alto Tribunal indica, además, que “*no son los manifestantes, ni los espectadores, sino los mandos policiales los que, precisamente porque tienen el deber constitucional de actuar con eficacia, están en condiciones de saber a qué distancia deben situarse las tanquetas aptas para expeler el cho-*

rrero de agua para que éste resulte eficaz, pues no se trata en estos casos de mojar e incluso bañar –literalmente- a los que alteran el orden, sino de crearles una situación de incomodidad tal que les obligue a disolver”.

Y es que, como más adelante señala *“en un sistema democrático, la policía está habilitada constitucional y legalmente para restablecer el orden cuando éste es alterado”.* En este sentido, la STS 22-04-94.

Ahora bien, el daño causado por las fuerzas de seguridad será antijurídico, y dará lugar a indemnización por responsabilidad patrimonial, cuando la respuesta o reacción de las Fuerzas del Orden Público es desproporcionada en medios y modos, atendidas las circunstancias, lo que compete valorar, en última instancia, a los Tribunales de Justicia (en este sentido, SSTS de 2 y 17-05-94, 7-10-95 y 21-11-95). Pero en estos casos estaríamos, evidentemente, ante un funcionamiento “anormal” de los servicios públicos.

Por el contrario, cuando la fuerza pública se ve obligada a entrar en un domicilio en casos de flagrante delito, o para detener a miembros de grupos terroristas, es posible que cause daños materiales e incluso personales, que los afectados no tienen porqué soportar. Se trataría de un funcionamiento normal, de una actuación amparada por la ley, pero que produce un daño resarcible con cargo a los caudales públicos.

Lo mismo cabe decir en relación con aquellos supuestos en que los bomberos o las brigadas forestales causan daños en los bienes de las personas cuando tratan de sofocar un incendio. La causación del daño es, en muchas ocasiones, inevitable. Sin embargo, la singularidad del daño, -producido como consecuencia de un funcionamiento normal de los servicios públicos de extinción-, comporta el derecho a una indemnización.

Así lo estimó el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana cuando en su dictamen 512/2003, estudió el caso de una actuación de miembros del Consorcio Provincial de Bomberos a fin de realizar diversos cortafuegos, necesarios ante la progresión de un gran incendio forestal. Con la maquinaria pesada utilizada a tal fin se dañaron árboles, vallas metálicas, paredes de mampostería, etc. La actuación de los servicios públicos estuvo amparada por la Ley, pues el art. 55.5 de la Ley Forestal 3/1993, de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, establece que: *“Con motivo de los trabajos de extinción de incendios forestales se podrá, aun sin contar con la autorización de los propietarios, entrar en terrenos forestales, utilizar caminos y aguas, abrir cortafuegos y establecer contrafuegos, dando cuenta posteriormente a la autoridad judicial a los efectos procedentes en el más breve plazo posible”.*

Pero también se recordaba en el citado dictamen que el art. 4 de la Ley de Protección Civil 2/1985, de 21 de enero, dispone que quienes sufran perjuicios en sus bienes como consecuencia de actuaciones de situaciones de emergencia *“tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes”.*

Es por tanto ésta, una indemnización que deriva de un daño consecuencia de un funcionamiento normal del correspondiente servicio público.

* * *

En fin, he tratado en esta exposición, de poner de manifiesto que, efectivamente, conviene poner un poco de orden, por razones de seguridad jurídica, en la conformación normativa de la responsabilidad patrimonial pública, para evitar aplicaciones e interpretaciones torcidas de lo que en realidad es.

Pero también, de poner de manifiesto el sentido del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que despliegue sus efectos, especialmente, en supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Hay otras cuestiones de gran importancia que configuran el régimen de la responsabilidad, como las referidas al daño, a la relación de causalidad de éste con el funcionamiento de los servicios públicos, al deber jurídico de soportar el daño o a lo referente a la fuerza mayor y al caso fortuito, que por cierto, algunos autores consideran encajable en el funcionamiento normal. El tratamiento de todos estos temas excede de nuestra pretensión en este trabajo.

HISTORIA CLINICA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

José M^a Gómez y Díaz-Castroverde
Conselleiro del Consello Consultivo de Galicia
Magistrado de lo contencioso-administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Servicios Especiales)

Preliminar.

La entrada en vigor de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) supuso una importante consolidación del cuadro de derechos y obligaciones que, a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), vertebraban la relación entre el personal sanitario en general y los usuarios o pacientes en los aspectos de información y documentación clínica. También un cierto momento expectante para los estudiosos de la cuestión y del Derecho Sanitario en general, un tanto atemperado, un año después, como es frecuente constatar cuando se confía exageradamente en la publicación de un texto legal para solventar las cuestiones conflictivas que le preceden.

En las siguientes páginas es mi intención abordar, dentro de las limitaciones de espacio que impone el contenido de este artículo, algunos aspectos de la historia clínica y su incidencia en el régimen de reclamaciones por responsabilidad patrimonial, todo ello desde una óptica no demasiado academicista –tampoco sería yo la persona adecuada para ello- y más propia de lo constatado a través de mi experiencia profesional¹.

Introducción.

La Constitución española de 1978 reconoció como uno de los principios rectores de la política social y económica (artículo 43.1) el derecho a la protección de la salud, atribuyendo (artículo 43.2) a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios, así como a la ley el catálogo de los derechos y deberes de todos al respecto.

La LGS efectuó la regulación básica de la estructura del sistema sanitario, esencialmente las competencias de las distintas Administraciones, los princi-

¹ Como Magistrado de lo contencioso-administrativo y, actualmente, Consejero del Consejo Consultivo de Galicia, así como, en este momento, Director del Área de Derecho Sanitario de la Fundación Junior's Centro de Altos Estudios de Galicia.

pios de actuación de los servicios de salud y, por lo que en este momento más nos interesa, recogió en su artículo 10 el catálogo de los derechos de los ciudadanos respecto de las Administraciones públicas en relación con la salud. Aquella atribución a la Ley que mencionamos del artículo 43.2 CE no solo se concreta en esta norma sino que, igualmente, pueden citarse otras a nivel estatal (la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento), así como una importante legislación autonómica².

Marco normativo el anterior que quedaría notoriamente incompleto si no se mencionara el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (el denominado “Convenio de Oviedo”), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por España y con vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2000. En efecto, el excurso normativo no sólo sería incompleto, sino incluso impreciso, pues el Convenio citado es la verdadera piedra angular en la que se asienta en este momento el cambio de régimen legal en las relaciones médico-paciente y la propia “filosofía” que vertebró ésta. Es más, un verdadero *punto sin retorno* en lo que se refiere al futuro normativo de las materias en él reguladas.

La LGS dedicó a la historia clínica uno de sus preceptos, el artículo 61, hoy derogado por la LAP. Este precepto no era básico; pero sí lo era el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que regulaba en el apartado 5 de su Anexo I los servicios de información y documentación sanitaria.

Importa destacar de este análisis normativo que en él subyace ya la traslación y cambio de naturaleza del acto médico, primero público y luego también privado, en el que el principio del beneficio del paciente empieza a compartirse con el de libre determinación, de modo y manera que el principio benéfico que antaño rige la actividad médica se conjuga, sin quedar completamente descartado, con el determinismo del sujeto beneficiario de la prestación sanitaria.

Una de las consecuencias de esta situación es que alguna actividad que en aquella medicina benéfica tenía una importancia secundaria o, cuando menos relativa, cobra una significada importancia en cuanto que, siendo ciertamente

² La Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, sobre derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica; la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del Consentimiento Informado y la Historia Clínica de los pacientes; la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, del Parlamento de Navarra, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, modificada parcialmente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril; la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, sobre voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad, del Parlamento del País Vasco; la Ley 1/2003, de 28 de enero, de las Cortes valencianas, sobre derechos e información al paciente de la Comunidad valenciana; la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears; la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León, sobre derechos y deberes de los pacientes en relación con la salud; y la Ley 5/2003, de 9 de octubre, del Parlamento de Andalucía, sobre declaración de voluntad vital anticipada.

esencial al acto médico, comienza a serlo también para la posición jurídica del paciente y su catálogo de derechos. La información alcanza así una importancia considerable. Ya no se trata de que el profesional sanitario deba ser eficaz en la curación, sino que en el desarrollo de esta finalidad debe dar intervención al paciente, a veces a terceros y, añadidamente, debe desarrollar actividades complementarias una de las cuales, y no la menos importante, es documentar adecuadamente todo el proceso.

En efecto, la información es hoy día no solo un derecho esencial del paciente o usuario, cualquiera que sea la denominación que resulte procedente, en justa aplicación del reconocimiento que del mismo hacía el artículo 10 LGS y hoy el artículo 4 LAP sino que, al propio tiempo, arrastra la conformación de otro derecho (de un contenido mas “material”, denominémoslo así), que es la adecuada y completa documentación del proceso médico. La documentación del proceso asistencial –en un concepto amplio, no sólo referida a la plasmación *documentada*- es pues un elemento de primera magnitud que, junto con el saber médico del profesional sanitario y la información, conforman el acto médico de modo que, en cuanto concreción de este proceso, la historia clínica, en el entorno de la asistencia sanitaria, tiene una importancia interna y externa muy superior a la que presentaba, pensemos, en el propio año 1986, cuando se promulga la LGS.

Y digo que tiene importancia externa porque, sin que sean precisos amplios razonamientos para establecerla interna (propia del estricto proceso asistencial), la historia clínica también desempeña un papel muy relevante en materia de salud pública y de la responsabilidad tanto de la Administración, como del propio personal sanitario, sea civil, penal o disciplinaria, según se desenvuelva su actuación en la esfera pública o privada.

Es evidente que una medicina guiada solamente por el principio de beneficencia no precisa contemplar de cerca los aspectos relativos a la información al paciente o usuario y a la documentación clínica que, por el contrario, cobran relevancia esencial cuando sobre aquella actividad benéfica se superpone la autonomía del paciente en el proceso de toma de decisiones. Pero para ello debe conocer todos los aspectos de su patología y proceso asistencial, incluso obtener copia de los elementos documentales que lo conforman, tanto para poder decidir como incluso recabar una segunda opinión.

Estamos, pues, ante una forma de desarrollarse el proceso asistencial nueva, propia de un entorno cultural diferente y que, sin embargo, en muchos casos, y desde la perspectiva del paciente, podría asentarse indeterminadamente en los mecanismos propios del principio de beneficencia. El conocimiento no implica necesariamente una mayor posibilidad de curación, sino un modo distinto de producirse en su relación con el médico, personal sanitario en general y, eso sí, un importante aumento de los mecanismos de garantía. Quizás no sea este el sitio adecuado para extenderse sobre la cuestión; pero interesa dejar mención de que en absoluto está postergada la medicina en la que la confianza del paciente guía su toma de decisiones, siquiera la intervención en él de diversos especialistas, y su

sometimiento al criterio no del médico individual sino del equipo del que forma parte, introduzcan un importante factor de modulación en aquella confianza y en las decisiones.

En cualquier caso, este modo de entender la relación médico-paciente no es neutro ante las obligaciones del primero pues no cabe duda que, en lo que a la documentación del proceso se refiere, aquella única finalidad de constatar en la historia clínica sólo aquello que pudiera ser de interés para el enfermo, aparece ahora complementada con otras que, incluso, pueden ser ajenas a esta finalidad, y que en absoluto pueden entenderse circunstanciales, como pueden ser la propia seguridad del médico ante determinadas respuestas del paciente (no someterse a pruebas diagnósticas, por ejemplo), o incluso la propia garantía para el facultativo de que todos los medios que el sistema sanitario pone a su disposición se han agotado en el caso, pasando por la necesidad de constatar formalmente que un determinado diagnóstico ha sido comprendido por el paciente.

La finalidad sanitaria, en cualquier caso, preside la redacción del historial clínico y así se sigue de la propia LAP, que centró su regulación en ella, tal como se desprende de sus artículos 14 (definición), 15 (contenido) y 16 (usos de la historia clínica).

Que ello se plantee en estos términos, ciertamente, ni mejora ni empaña el contenido normativo ya que, elementalmente, todo contenido de la historia clínica debe estar supeditado al proceso asistencial, del que se derivan cualesquiera otras finalidades a las que la historia clínica pueda servir. Y responde así nuestro marco legal al “Dictamen Final del Grupo de Expertos”, de fecha 26 de noviembre de 1997, elaborado a instancia del Ministerio de Sanidad y Consumo, que determinó como fin principal de la historia clínica el facilitar la asistencia sanitaria al ciudadano, recogiendo toda la información clínica necesaria para asegurar, bajo un criterio médico, el conocimiento veraz, exacto y actualizado de su estado de salud por los sanitarios que le atienden.

Claro es que toda esta cuestión aparece presidida por las circunstancias del acceso a la historia clínica. Pues en un sistema hipotético en el que este documento sea inaccesible al paciente, incluso a terceros que no sean autoridades judiciales, no parece que debieran contenerse en ellas otras circunstancias que las propias del proceso asistencial. Ocurre, sin embargo, que este sistema hipotético en absoluto es el nuestro que, tanto en la legislación estatal como autonómica, regula ampliamente este acceso, por lo que inmediateamente surge el problema de distinguir los elementos que, tal vez, pudieran sustraerse a este conocimiento.

Tradicionalmente se entendieron excluidos de este acceso aquellos hechos constatados y que se refieran a terceros ajenos al proceso asistencial y, en segundo término, las impresiones subjetivas del médico o del resto del personal sanitario que, por cualquier razón, se encuentren documentadas en la historia.

En ambos casos, la restricción del acceso, singularmente al paciente y, en realidad a todos los interesados si se exceptúa la Administración en su actividad disciplinaria y el acceso *ilimitado* que a Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal corresponde, toma como referente el propio beneficio del paciente o usuario. En efecto, se entiende que tanto una como otra circunstancia se han incorporado a la historia precisamente en su interés y que, de ser potencialmente conocidas y, por tanto, posibilitar su discusión y no digamos ya represalia, se produciría una negativa a incorporar tales datos y, en consecuencia, un perjuicio para el paciente.

En mi criterio habrían de distinguirse los datos suministrados por terceros, de los datos relativos a terceros. En el primer caso, fuera de una eventual represalia del paciente hacia quien aportó aquel dato, y que tendría su respuesta adecuada dentro de los propios términos del ordenamiento jurídico, no parece que exista razón alguna que justifique su exclusión del acceso.

Si reparamos en que aquella restricción vendría amparada, en principio, por la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de 1994, ya vemos que en ella se alude a los “datos relativos a terceras personas”, expresión de signo diferente netamente a los datos suministrados por terceros. Y esta diferencia justifica sobradamente que el límite no alcance a estos últimos, entre otras cosas, porque han sido incorporados a la historia a partir de un acto propio del tercero y no ajeno al mismo.

Cuestión distinta es el dato relativo a un tercero al que, por las razones de confidencialidad antes apuntadas, no se puede dar acceso a la historia. En este caso, el conocimiento del dato, en función de cualquiera de los intereses antes mencionados, que no fueran los ya indicados judiciales o administrativos sancionadores, epidemiológicos o de garantía de la salud pública en general, sería absolutamente infundado y, desde luego, incluso generador de responsabilidades a instancia del tercero afectado.

Veamos ahora que sucede con las impresiones subjetivas del personal facultativo. Desde luego que en este caso aludimos a datos que ni son suministrados por el paciente, ni por un tercero relacionado con él, ni por otros facultativos, ni objetivables en informe o prueba alguna realizada. Pero qué duda cabe que esas impresiones están llamadas, en algunos casos, a desempeñar un papel decisivo en el proceso asistencial. Pensemos en el paciente fabulador, en el simulador, o en el que padece algún tipo de disfunción o enfermedad que solamente el facultativo, con su saber y experiencia, es capaz de atisbar.

La primera pregunta al hilo de esta cuestión es la siguiente: ¿sería leal el facultativo, en su compromiso asistencial con el paciente, al omitir una observación de este tipo? Pensemos que esta observación, en función de las características, contenido y duración de la historia está llamada a permanecer documentada en ella durante mucho tiempo. Puede ser decisiva no en el momento en que la anotación se produce, pero sí muchos años después. ¿Sería legítimo que el facul-

tativo ahorrarse aquella expresión so pretexto de intranscendencia en el momento actual, forzado por el inmediato conocimiento que de la misma pudiera tenerse? En mi criterio, no.

De lo que no cabe duda es que esta impresión subjetiva está llamada a desempeñar su utilidad, estrictamente, en el seno del proceso asistencial. Fuera de él, solo tiene relevancia para la Administración o Tribunales y, por ello, su indiscriminado acceso, aparte de innecesario, me parece estéril. Tales impresiones, por tanto y desde una perspectiva general, son dignas de defensa en su eventual exclusión de la historia clínica.

Ello no implica que la simple negativa del facultativo autor de tales impresiones sea suficiente a su exclusión. Del mismo modo que la autorización del tercero a quien se refieran datos de la historia autoriza a permitir el acceso a la información relativa al mismo, del mismo modo, como digo, lo debe permitir la autorización del facultativo responsable de la apreciación. Pero, si en el primer caso, por tratarse de un dato personal y relativo a su intimidad no sería necesaria justificar en modo alguno la negativa, en el segundo, en el que solo el interés del paciente guió la constatación de la impresión y en el que, por supuesto, no están en juego derechos de similar magnitud, debe exigirse, cuando menos, una motivación adecuada en la negativa.

Ahora bien, puede suceder que, por cualquier circunstancia, la autorización o denegación motivada del facultativo no pueda obtenerse. En este caso, en mi criterio, la decisión debería dejarse en manos de un órgano independiente del complejo hospitalario, quizás la Comisión de Historias Clínicas o los Comités de Ética Asistencial.

Tanto la LAP (artículo 18.3) como la legislación autonómica regulan esta limitación al acceso. La ley estatal se refiere así al “perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente”, añadiendo un matiz necesario y coherente con el mandato del artículo 15 sobre que la historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el paciente. El dato relativo a tercero parece así justificar su presencia en la documentación solamente en la medida en que sea útil a una adecuada (artículo 16) asistencia al paciente. Ahora bien, de este modo, parece generarse la duda sobre si, limitada a este punto la interpretación del precepto en cuestión, el dato relativo a tercero que figure en la historia, quizás indebidamente, pero que no se haya incorporado en interés terapéutico del paciente es o no susceptible de ser objeto de restricción en la historia.

Por lo que se refiere a las “anotaciones subjetivas” en la terminología de la LAP, conviene poner de relieve la dificultad para concretar adecuadamente el alcance de tales particulares. Sin llegar a una conclusión tan drástica como la que ALMAGRO NOSETE sostuvo (Diario Médico del 21 de marzo de 2003) debemos ser conscientes de la dificultad de contraponer el dato objetivo y el subjetivo, al objeto de limitar el acceso al segundo. Si conectamos la apreciación subje-

tiva con una estimación del personal responsable de la atención sanitaria no constatable por otros medios, en la práctica, estamos reduciendo el concepto a la mera opinión personal. En efecto, un informe de diagnóstico por imagen incorpora una apreciación subjetiva (del radiólogo al contemplar la imagen) que se apoya en un dato objetivo (la imagen tomada y revelada). ¿Es susceptible de ser objeto de limitación en su acceso?. Parece claro que no. Con el fin de no extenderme más de lo necesario en este punto, mi criterio es que por apreciación u observación subjetiva, en el seno de la historia clínica, debe entenderse cualquier apreciación de los responsables de la asistencia que tenga que ver con el paciente o el propio proceso asistencial, basada exclusivamente en su criterio personal y plasmada en la historia en interés terapéutico del paciente o del proceso asistencial que le incumbe.

La LAP excluye el acceso a los datos de tercero y apreciaciones subjetivas no solo al paciente, sino también a los terceros que pudieran acceder al historial clínico (artículo 18.4), si bien no me parece que, de acuerdo con el artículo 16.3 pueda sostenerse que esta limitación incluya también el acceso por las autoridades judiciales, toda vez que dicho precepto permite a estas acceder conjuntamente a los datos identificativos del paciente y a los clínico-asistenciales, lo que implica un grado de acceso de mayor calado que el referido a los datos de tercero o apreciaciones subjetivas.

Para finalizar este apartado, únicamente dejar constancia de que esta posibilidad de suprimir partes de un historial clínico, con independencia de las dificultades instrumentales que provoca (órgano competente para decidir sobre ella, forma en que se debe hacer, etc.) genera inevitablemente un halo de desconfianza y da carta de naturaleza a algo que, quizás, las estructuras de análisis de los juristas no tenemos suficientemente asumido.

El jurista ante la historia clínica.

Dejando al margen esta última apreciación, es preciso subrayar ahora que esta situación actual de la relación médico-paciente comporta también un nuevo abordaje por parte del jurista. Si echamos la vista veinte años atrás, recordaremos que nuestra experiencia profesional se concretaba en el papel del historial en los procedimientos penales, pocos y en los civiles, algunos más. Con el paso del tiempo estas cuestiones se fueron dilucidando en el orden social y en el contencioso-administrativo y, pasado algún tiempo, tras el famoso “peregrinaje de jurisdicciones”, en lo que a la sanidad pública se refiere y, al margen de las cuestiones que puedan suscitarse en el orden penal, han quedado definitivamente asentadas en el orden contencioso-administrativo. La actual redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 2, e) de la Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, viene a ser concluyente en este punto, al eliminar la vía abierta a suscitarse cuestiones propias de la sanidad pública ante el orden jurisdiccional civil por la vía de demandar directamente a la compañía aseguradora.

De modo que, en el estado actual de la cuestión, ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, el jurista se ve abocado a un examen del historial clínico en unos términos distintos también a los que, años atrás, eran característicos. Ya no se trata de un examen “in totum”, propio de la comprobación de la concurrencia de una conducta delictiva (en la que incluso la historia puede ser el cuerpo del delito), o también necesario para la determinación de la existencia de culpa civil. Se trata de un conocimiento, por una parte, más restringido, y no solo en función de las posibilidades de exclusión indicadas, ya que el elemento determinante de la responsabilidad es la relación de causalidad (y ello es muy perceptible en el elemento nuclear de la labor de los Consejos Consultivos en estos expedientes) y, por otra, digamos, más *médico*. En efecto, el jurista se ha visto impelido a incorporar a su línea argumental consideraciones de orden más preciso y próximo a los conocimientos médicos, cuando se trata de argumentar en relación con la falta de utilización de los recursos de que el sistema sanitario dispone (no utilización de un especialista, no concurrencia del médico de staff junto al residente en formación, falta de dotación de medios de diagnóstico por imagen, falta de uso de los disponibles); o bien ante un diagnóstico insuficiente (el facultativo decidió no realizar esta o aquella prueba que hubiera permitido el diagnóstico exacto), cuando no erróneo; la falta de una pronta respuesta ante una patología concreta (traslado del enfermo, prioridad de asistencia en medicina de urgencias), la iatrogenia de un tratamiento o las consecuencias no suficientemente informadas de un determinado acto médico o medicación pautaada. Todo ello como elemento antecedente de una decisión judicial o dictamen de órgano consultivo, concluyentes en orden a una pérdida de oportunidad, a una infracción de la “lex artis” o a una juricidad del daño, en el sentido de la obligación del paciente de asumir las consecuencias de una determinada patología (causalidad eficiente) o de un tratamiento concreto.

En todos estos casos, muy sucintamente resumidos, el jurista se apoya indefectiblemente en la historia clínica, sin otro apoyo que su propio contenido. Y es aquí donde una parte del acto médico, inicialmente con finalidad de estricta asistencia sanitaria para el paciente, viene a convertirse ahora en un elemento de primera magnitud en la labor de enjuiciamiento de la actuación médica en general, en su más amplia acepción de servicio público sanitario.

Así pues, ante una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo), en inicio, la historia clínica tiene una importancia esencial constituyendo, en la práctica, el total expediente administrativo llamado a facilitar su instrucción, incluso el dictamen de los Consejos consultivos, tras la propuesta de resolución y, finalmente, la decisión del órgano administrativo competente, si se le añade en este caso el dictamen del Alto órgano consultivo correspondiente.

¿Es determinante la historia clínica en los procedimientos de responsabilidad patrimonial?

El historial clínico, en estos procedimientos, es un material que desempeña, inicialmente, un papel asistencial, como hemos visto y, seguidamente y de modo sucesivo o concurrente, dejando al margen otras finalidades (docentes, estadísticas, epidemiológicas) un papel investigador, instructor, en la más pura esfera administrativa, al ser relevante para la instrucción del expediente, primero, el dictamen de los órganos consultivos después y, finalmente, la decisión del expediente.

No cabe duda que la historia clínica en este tipo de expedientes tiene una importancia esencial. No obstante, esta importancia, creo, debería situarse en sus justos términos pues siendo, como es, un elemento importante, incluso imprescindible, sin embargo, el mecanismo complejo de resolución de los expedientes, conjugando las esferas administrativa y judicial permite concluir que la importancia del historial clínico decrece a medida que el expediente avanza.

Una primera cuestión, no obstante, habría de ser la de responder al interrogante sobre qué historia clínica es la esencial para cada procedimiento, pues siendo el ideal que el paciente o usuario disponga de un historial clínico único, ello no implica que el total de su historial deba ser aportado a cada procedimiento. Ni que decir tiene que tales situaciones, por lo demás habituales, pueden resultar más perjudiciales que beneficiosas, pues son muchos los casos en que la totalidad de los datos más característicos, incluso de la propia intimidad del paciente, han quedado de relieve a propósito de una reclamación, por ejemplo, de indemnización del valor unos cristales por una mala graduación de la agudeza visual. Y tal circunstancia, insisto que mucho más frecuente de lo que parece, anima a considerar la posibilidad de restringir el uso y acceso de la historia clínica, tanto en los procedimientos administrativos como judiciales, a aquellos aspectos relevantes para la decisión final de la reclamación. La LAP, en su artículo 16.3, con relación a esta cuestión, parece apoyar de alguna manera esta postura, pues al aludir al acceso a la historia con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia, termina por indicar que *el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado a los fines específicos de cada caso.*

Claro es que habrá que definir, igualmente, si los “fines específicos de cada caso” son, según corresponda, los judiciales, epidemiológicos o de salud pública, sin que un acceso pueda luego servir a fines diferentes. O por el contrario, como parece más razonable, si cada uno de los accesos de referencia exige atender a la finalidad específica que lo justifica; es decir, autorizando la exclusión del acceso al resto de los componentes del historial que nada tienen que ver con la razón inicial que mueve la petición de la documentación. Esto es importante, pues en mi criterio muchos de los reclamantes no lo serían si tuvieran un pleno conocimiento de qué aspectos de su historial pueden hacerse evidentes tras su reclamación, así como el número de personas que, finalmente, tienen acceso a los expedientes (funcionarios de los servicios de salud, de los órganos consultivos,

Abogados, Procuradores, funcionarios judiciales) incluso con posibilidad de efectuar copias de ellas para facilitar los trabajos.

Solventada esta primera cuestión, y desde una óptica realista, debemos ser conscientes de que la historia clínica, en los casos más relevantes, no va a ser el único elemento material a tener en cuenta para la toma de decisiones. La instrucción del expediente, inevitablemente, promoverá la aportación de informes complementarios, tanto de oficio por el instructor como a instancia de la parte reclamante. Estos informes son muy importantes y, ya por vez primera en el curso del expediente, convierten a la historia clínica en objeto de la prueba, pues en la mayoría de los casos estos informes proceden de facultativos que, bien por su especialidad o por su condición (un Jefe de Servicio), en realidad no han visto al paciente determinante de la reclamación; pero aquellas condiciones avalan su presencia en el expediente. La historia clínica, de este modo, primera piedra angular del expediente, comienza a perder importancia, para ganarla los informes emitidos a partir de los datos en ella contenidos.

Estos informes pueden ser complementados con otros pedidos a instancia del órgano consultivo que intervenga en el expediente. La historia no es ya, en este caso, “la” prueba documental por excelencia en el expediente, sino “una” documental más, a la que acompañan otros informes, unos emitidos a instancia del instructor, otros a instancia del órgano consultivo, con lo que ello implica de relevancia a la hora de considerar el interés de cada uno en la resolución del expediente. Incluso es posible, en práctica que no por común debe entenderse impropia, que el propio instructor, al formular su propuesta, si tiene la condición de médico, incorpore su punto de vista personal, como tal facultativo, sobre la cuestión, lo que habrá de valorarse adecuadamente a la hora de dictar la resolución correspondiente.

Pero esta importancia decreciente de la historia clínica no termina aquí porque, con independencia de que ante los órganos consultivos no sólo puedan reclamarse otros informes complementarios, sino aportarse informes de Academias, Institutos legales o sociedades científicas, lo cierto es que, si recaída resolución en sede administrativa, se interpone contra ella recurso contencioso-administrativo se abre un nuevo ámbito de actividad probatoria en la que el historial clínico termina por ceder notoriamente su importancia.

La práctica de la prueba en el proceso contencioso-administrativo, aún reconocida la naturaleza revisora de éste, está prevista en su Ley Reguladora (artículos 60 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Desde esta perspectiva, al igual que acontece en todos los casos del contencioso-administrativo, nos encontramos ante un supuesto en el que es la parte demandada la llamada a aportar los elementos documentales característicos al proceso, en forma de expediente administrativo. Las ventajas de la denominada distribución dinámica de la prueba del proceso civil no tienen más que una aplicación supletoria en este proceso donde, a lo sumo, podemos ver esta relevancia en el terreno de la carga de

la prueba, en función del resultado desproporcionado que pueda concurrir en el daño que genera la reclamación o en las particulares circunstancias concurrentes en el proceso asistencial (trasplantes, cirugía neurológica, etc.) que vinculen a una de las partes, en este caso la Administración, a aportar determinados elementos probatorios en su descargo.

Ahora bien, aún con ello, en los procesos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es frecuente que se admita la prueba pericial. Este es un medio probatorio de primera magnitud y que, al rendirse informe ante el juzgador, y presenciar tanto la ratificación del informe como la contestación a las aclaraciones formuladas adquiere una relevancia singular que permite, cuando concurre la práctica de esta prueba, fundar en ella la resolución que se dicte. De este modo se opera el último eslabón de difuminación de la importancia del historial clínico. El Juez cuenta con unas posibilidades probatorias infinitamente superiores a las de la Administración. En efecto, cuenta en inicio con toda la prueba que en su día practicó aquella y, lo que es más importante, cuenta con la posibilidad de una suerte probatoria que viene a ser una “prueba sobre la prueba”. Una actividad probatoria que, nuevamente, vuelve a pronunciarse sobre los contenidos de la historia clínica y los informes obrantes en el expediente y que permite una valoración posterior por el Juez o Tribunal.

Conclusiones.

Expuestas las anteriores consideraciones, podrían sentarse como conclusiones, en relación con la importancia de la historia clínica en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, las siguientes:

1.- La historia clínica es un documento con una primaria finalidad asistencial circunstancia ésta que, por mucho que sea concurrente con otras, no debe guiar otra para quienes en ella pueden realizar anotaciones que la mencionada asistencial y en interés del paciente o usuario.

2.- Ante una reclamación por el funcionamiento del servicio público sanitario la historia clínica es una parte del expediente administrativo, no el expediente administrativo llamado a ser contemplado en la resolución.

3.- Con todo, la historia clínica es imprescindible para la tramitación del expediente. Salvo muy contados casos (desaparición de efectos personales del paciente al ingresar en un centro, daños personales o a sus propiedades por elementos defectuosos, etc.), la instrucción de la reclamación es inviable sin la aportación del historial clínico del proceso asistencial que motiva la reclamación.

4.- La historia clínica que se aporta al expediente no debería comprender la totalidad de los episodios asistenciales de la persona cuya atención sanitaria motiva la reclamación, sino justamente los imprescindibles para la instrucción y resolución.

5.- La historia clínica es, en el inicio de la reclamación, el vértice o piedra angular de la reclamación, para conjugarse posteriormente con otras pruebas y ser, incluso la propia historia, objeto de prueba cuando de emisión de informes periciales se trata, esencialmente en los casos en que por el perito no se ha procedido al examen personal del paciente.

6.- En consecuencia, con ser un documento muy importante, su importancia en sede administrativa y jurisdiccional no debería magnificarse, pues serán pocos los casos que se puedan resolver adecuadamente con fundamento único y exclusivo en los datos obrantes en la historia clínica.

LA FUNCION CONSULTIVA ANTE LA REFORMA DE LA JUSTICIA

Ignacio Granado Hijelmo

Letrado-Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja
igranado@ccrioja.es

I. Introducción: concepto y función de los Altos Órganos Consultivos.

El presente trabajo tiene por objeto exponer brevemente qué son y para qué sirven los Altos Órganos Consultivos y su virtualidad en orden a la pretendida reforma de la Justicia en España.

Para acotar el concepto de Altos Órganos Consultivos conviene fijar algunos conceptos previos que nos permitan precisar luego el concepto de función consultiva en el Estado y situarla metodológicamente en el conjunto de la Ciencia del Derecho.

1. Fijación preliminar de ciertos conceptos.

Existen ciertos grupos de conceptos relacionados entre sí, tales como los de poder, legalidad, autoridad y legitimidad, que suelen confundirse con frecuencia y que, sin embargo, conviene deslindar en cuanto que concurren a configurar la *posición institucional* de los Altos Órganos Consultivos y facilitan la comprensión de su naturaleza y de la función que los mismos tienen asignada¹.

A) Poder, voluntad y potestad.

Ampliamente entendido para comprender todas sus manifestaciones públicas y privadas, el poder no es sino la capacidad de influir, más o menos intensa y extensamente, en la vida de otras personas. Antropológicamente, el poder no se incardina entre los efectos de la inteligencia sino de la voluntad humana pues, no consiste tanto en un saber o conocer, cuanto en un querer. Así

¹ Sobre la posición institucional de los Altos Órganos Consultivos, cfr. mis estudios: "Altos Organismos Consultivos y control preventivo de constitucionalidad", en VV.AA., *Actas de las Jornadas sobre la Función Consultiva*, Consejo Consultivo de Andalucía-Junta de Andalucía, Granada, 1998, págs. 73-111; "La posición institucional de los Altos Organismos Consultivos y en especial del Consejo Consultivo de La Rioja" (asumido por el Consejo Consultivo de La Rioja como "Observaciones y sugerencias para el mejor funcionamiento de la Administración" incluidas en la Memoria del Consejo Consultivo de La Rioja de 1996), publicado en CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA, *Repertorio General de Normativa, Memoria, Dictámenes y Doctrina Legal*, 1996, Logroño, 1998, págs. 107 a 138; y "La función de los Consejos Consultivos (Una reflexión de bienvenida al Consejo de Navarra)", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 28, de 2000, págs. 41-64

pues, el poder se reconduce a una forma de “*voluntas*” que tradicionalmente conocemos como “*potestas*”.

Una típica manifestación del poder es la *potestad normativa*, es decir, la de emanar o producir normas obligatorias. Por eso, el artículo 1089 de nuestro Código Civil, recogiendo una tradición jurídica ancestral, enumera las *fuentes de las obligaciones* señalando como tales sendas manifestaciones de voluntad, sea la voluntad soberana del pueblo contenida en la ley, sea la voluntad de los particulares contenida en los contratos y demás manifestaciones de la precisamente denominada *autonomía de la voluntad*, sea -por una analógica ficción- la que subyace en la espontaneidad inherente a las obligaciones cuasi-contractuales o en la culpabilidad propia de las aquilianas.

B) Legalidad y legitimidad.

El poder, pues, tiene la virtualidad de emanar normas obligatorias; unas normas que, si proceden de un poder público, son públicas y las denominamos desde antiguo *leyes*. Por eso, el poder emana *legalidad*.

Pero la estructura óptica de la persona humana -compuesta de inteligencia y voluntad-, hace que resulte intolerable la sumisión a normas que repugnen a la razón y se impongan por la sola voluntad del que tiene potestad para emanarlas. A ese preciso ajuste a la razón de las normas emanadas del poder y que componen la legalidad vigente, se denomina tradicionalmente, *legitimidad*.

Pues bien, pertenece a la más eximia cultura jurídica de Occidente la idea de que el poder no puede imponerse por la razón de su fuerza (*ratio imperii*), sino por la fuerza de la razón (*imperio rationis*) por lo mismo que la voluntad no puede aceptarse como un simple querer, sino que debe ajustarse a la inteligencia o arbitrio de la razón para no caer en la *arbitrariedad*. Esa idea fundamental conlleva la de que la *legalidad*, emanada de la voluntad del poder, debe ajustarse a la *legitimidad*, emanada de la razón del saber, pues sólo así será razonable y se situará en línea con las íntimas exigencias estructurales de la ontología natural de la persona humana y de la sociedad que los hombres integran y las normas han de regir.

La *legitimidad* del poder es, por de pronto, *de origen*, esto es, debe justificarse racionalmente desde su misma fuente, como ocurre con los *pactos*, en cuanto derivan de la libre voluntad concorde de voluntades particulares, o con las *leyes* parlamentarias, en cuanto proceden de una elección libre y voluntaria del pueblo soberano. En efecto, se parte de la idea roussoniana de que los valores de *libertad y propiedad*, en los que se quintaesencia todos los derechos humanos, sólo pueden ser limitados por propia decisión de sus titulares, manifestada individualmente, a través de la forma originaria del *contrato privado*, o colectivamente, mediante representantes que den forma de ley al *contrato social* donde cada uno enajena parte de su libertad y propiedad en favor del conjunto, sometiéndose para el reparto y delimitación de las respectivas cuotas de propiedad y

libertad a la regla de la decisión adoptada por la mayoría de los representantes elegidos periódicamente de forma libre, individual y secreta.

Pero es obvio que no basta con una genérica *legitimidad de origen* para justificar cualquier legalidad emanada del poder, especialmente del poder público, sino que es precisa también una específica *legitimidad de ejercicio*, de suerte que en cada acto del poder, en cada una de sus actuaciones, normativas o no, luzca la *razonabilidad* que la justifique ya que la *razón* es la única fuente de legitimación, sin la cual el poder deviene meramente *arbitrario y deslegitimado* en cuanto que simple y pura voluntad impuesta por la fuerza sin razón alguna que lo justifique.

C) *Auctoritas y potestas.*

Siendo, como hemos adelantado, la *potestas*, no el poder socialmente establecido y productor de legalidad, sino el poder socialmente reconocido como legítimo y productor de una legalidad que sea, además, legítima, ese reconocimiento legitimante sólo deriva de la razonabilidad genérica de su origen y de la concreta de su ejercicio en cada acto de poder. Mas ¿quién ha de determinar qué acto o en qué medida sea o no razonable?

Desde luego, es posible que el titular del poder se comporte autónomamente de una forma razonable y así lo perciban y entiendan los destinatarios de sus sabias normas, tal y como ha sucedido históricamente con cuantos gobernantes absolutos han ejercido *motu proprio* un buen gobierno. Pero la experiencia de incontables abusos ha venido aconsejando una desconfianza radical en los gobernantes de los que no puede esperarse - por la debilidad estructural de la persona humana-, que se ajusten siempre y de forma voluntaria a los postulados de la razón. Por ello, la Ciencia Política, desde los primeros estudios de Aristóteles sobre el Derecho constitucional comparado de las ciudades-estado helénicas, hasta la monumental obra de los ilustrados franceses, aconseja la división del poder (legislativo, ejecutivo y judicial), de suerte que éste se ejerza por órganos distintos que se limiten y controlen mutuamente.

La división del poder y el juego de contrapesos que la caracteriza, es, normalmente, una idea y logro revolucionarios, ya que no puede esperarse como algo habitual que el detentador de un poder absoluto se someta de grado a un ejercicio limitado del mismo, salvo que, como ocurre en la actualidad, los gobernantes sepan de antemano que no tienen otra solución que aceptar ese estado de cosas y, aún así, la división del poder conserva siempre una fuerza tensional que reaparece cada vez que surge un conflicto entre los órganos titulares de los distintos poderes.

Desde luego, el juego de contrapesos institucionales se ha depurado mucho en las modernas democracias sobre la base de arbitrar fórmulas, procedimientos y órganos de composición en caso de conflicto, sin perjuicio de acudir siempre a la decisión dirimente del pueblo en unos comicios generales.

Pero repárese en que el recurso a la división del poder no deja de ser un remedio adoptado en el seno mismo del poder, es decir, en la órbita o ámbito de la *voluntas* inherente al mismo. En efecto, el denominado Poder Legislativo, limita al Ejecutivo desde decisiones de voluntad, como sucede si aprueba una moción de censura que derriba al Gobierno o no aprueba los proyectos de ley que éste le remita. Viceversa, el Ejecutivo limita al Parlamento si decide disolverlo y convocar elecciones, lo mismo que el Judicial cuando revisa y anula actos administrativos y, sobre todo, cuanto ejecuta forzosamente sus propias sentencias de condena a los poderes públicos.

Sin embargo, cuando nos preguntábamos quién ha de determinar si un acto es o no razonable, no estábamos pensando en personas ni órganos integrados en el propio *poder*, aunque fuere en estructuras separadas y divididas del mismo, sino en personas u órganos de puro *saber*, es decir, en instituciones de *auctoritas*.

En efecto, la determinación de si es o no, o en qué medida, conforme a la razón un acto concreto del poder público, como es, por ejemplo, una norma jurídica que se proyecta publicar, lógicamente no debe adoptarla el mismo autor del acto, esto es, quien tiene el *poder*, sino una instancia distinta y, puestos a determinar cuál lo más sensato es atribuir tal competencia a quien tiene el *saber*, porque la razón es atributo de la inteligencia. Repárese en que no decimos, obviamente, que quienes ejercen el poder no sean inteligentes ya que pueden serlo y mucho, sino que institucionalmente no deben darse la razón a sí mismos y, en concreto, la razón jurídica. El saber jurídico es el único capaz de determinar si la norma proyectada por el poder respeta las exigencias de razonabilidad que el Derecho comporta y ese saber reside en los juristas. Ahora bien, en Derecho y, por lo tanto, entre los juristas y en los órganos jurídicos integrados por los mismos, no existe otra jerarquía que la derivada del saber, porque “solo sabe quien sabe”.

El mecanismo tradicional de articulación de las relaciones entre poder y saber ha sido el de pregunta y respuesta pues, como señala el brocardo orsiano, “*pregunta quien puede, responde quien sabe*”. De ahí que las relaciones sistémicas entre *potestas* y *auctoritas* se canalicen institucionalmente a través del engranaje consulta-dictamen que es tradicional en el mundo jurídico².

Por supuesto, existen otros muchos saberes además del jurídico, casi tantos como sistemas integran la realidad. Por eso, en la actualidad, ante la enorme complejidad del mundo moderno, no basta atemperar las decisiones públicas al saber jurídico, sino que es preciso someterlas a un “*pool*” de racionalidades emanadas de los distintos saberes sistémicos (políticos, sociales, administrativos, jurídicos, económicos, sanitarios y técnicos de las más diversas clases). Tiene, así, razón el pensador francés Paul Ricoeur cuando afirma su preferencia por las decisiones adoptadas con el consejo de órganos independientes y de composición pluridisciplinar.

² Para estas ideas de Álvaro D’Ors, cfr. DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Teoría de la “auctoritas”*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, 1987. y “*Auctoritas*”, Barcelona, Ariel, 1999.

D) Estado de Derecho y Estado de razón.

El movimiento constitucionalista surgido de la Revolución francesa y enriquecido con aportaciones tanto inglesas como norteamericanas, se ha extendido por Occidente plasmandose en la forma política que denominamos Estado de Derecho, es decir, una organización de la convivencia política en que todos los poderes públicos están estructuralmente sujetos a la Ley y al Derecho.

Nuestra vigente Constitución de 1978 va aún más lejos pues, tras reconocer en el número 1 de su artículo 9 la sujeción universal de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, proclama nítidamente en el párrafo 3 del mismo precepto la interdicción de la arbitrariedad de dichos poderes públicos.

De esta forma nuestra Constitución no se contenta con instaurar en su art. 1.1. un simple *Estado de Derecho*, social y democrático, sino que, con la prohibición de la arbitrariedad del art. 9.3, instaura un verdadero *Estado de razón* ya que proscribire cualquier actuación de los poderes públicos que no sea razonable, esto es, que no resulte amparada y justificada por la razón, especialmente, desde luego, por la jurídica quintaesenciada en la Constitución y desplegada en el resto del ordenamiento jurídico incluidos sus principios, valores y criterios generales de interpretación³.

2. La función consultiva en el Estado y los órganos llamados a desempeñarla.

De la trabazón entre los conceptos que hemos expuesto resulta que, siendo el moderno *Estado de Derecho* esencialmente un *Estado de razón*, todo poder estatal, y también, por supuesto, el judicial, no basta con que sea *legal*, sino que ha de resultar también *legítimo* -y no sólo en su *origen*, sino *en cada acto* en que se ejercite-, y es la *razón* y, en concreto, la *jurídica*, quien mejor puede conferirle la legitimación que precisa su ejercicio cotidiano, como lo demuestra nuestro lenguaje más habitual.

En efecto, los poderes estatales pueden estar “cargados de razón” en sus actuaciones, pero la desconfianza en el poder que fundamenta el juego de pesos y contrapesos con el que se entreteje la democracia, recomienda, y prácticamente exige, la creación de unos órganos permanentes a quienes, por su saber socialmente reconocido (*autoritas*), se les atribuya la función de “dar o quitar la razón”, en todo o en parte, a los actos del poder constituido (*potestas*).

Ahora bien, como quiera que ha de presumirse (por supuesto con una presunción *iuris tantum*) que los actos de ejercicio de todo poder legítimo en su

³ Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, *La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos*, en VV.AA. (Hinojosa Martínez, Eduardo, y González-Deleito Domínguez, Nicolás, coordinadores), *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Ed. Civitas-Junta de Andalucía, 1996, págs. 123-189.

origen son razonados y razonables, la función de los referidos órganos de *auctoritas* no hará habitualmente sino reforzar al poder actuante dotándole de una mayor legitimidad de ejercicio al “cargarle de razón”, especialmente de razón jurídica. Esto significa que, de la función de tales órganos, puede, ciertamente, seguirse una limitación del poder originariamente legítimo, en la medida en que resulte deslegitimado en su ejercicio “si no lleva razón” en las medidas concretas en que pretendía plasmarlo, pero, normalmente, se seguirá más bien un importante refuerzo para el ejercicio del poder y, en consecuencia, para el poder mismo que lo ejercita cuando resulte legitimado por el órgano que “le da la razón”.

Pues bien, la lógica de estos razonamientos, tan de sentido común que están incorporados al habla cotidiana, condujo, desde la Antigüedad romana, a la limitación y legitimación del poder mediante la *función consultiva* y, en suma, a la creación de órganos destinados a desempeñarla.

Denominamos *consultiva*, en general, a la función social que tienen encomendada los juristas consistente en responder autorizadamente a las consultas que se les formulen sobre el fundamento que en Derecho tengan pretensiones, proyectos o cuestiones sobre las que existan o pudieran suscitarse dudas jurídicas. Más en concreto y en el ámbito del Derecho Público, la expresión *función consultiva* alude a la atribuida por la ley a ciertos juristas que la desarrollan en el seno de órganos que precisamente tienen encomendada la misión institucional de emitir dictámenes fundados en Derecho sobre cuestiones problemáticas que puedan someter a su consideración los cargos públicos facultados para ello.

En los actuales Estados de Derecho existen muchos *órganos consultivos* en materia jurídica, hasta el punto de que, bajo diversas denominaciones como *Asesoría Jurídica*, *Servicio Jurídico* u otras semejantes, suele encontrarse al menos uno de ellos en cada ámbito, instancia u organización administrativa de los distintos poderes públicos. Pero, bajo la denominación de “*Altos Órganos Consultivos*”, sólo nos referimos a los que cumplen simultáneamente las siguientes condiciones que, por otra parte, se contienen en la propia expresión:

i) Ser *órganos jurídicos colegiados*, es decir, integrados por juristas y con un régimen de composición pluripersonal y de funcionamiento colegiado en cuanto a elaboración, debate y votación de las propuestas de dictamen⁴.

ii) Ser *órganos externos*, esto es, que desarrollan su misión institucional de asesoramiento en Derecho a los distintos poderes públicos desde un estatuto de independencia orgánica y funcional con respecto a las organizaciones a las que asesoran y con una composición y un régimen personal de sus miembros que ase-

⁴ En este sentido, tan “colegiado”, desde la perspectiva del Derecho Comparado, debe reputarse el sistema de elaboración de dictámenes mediante ponencias de formulación individual que son luego debatidas colectivamente, como el de sucesivas propuestas formuladas por diversos órganos internos y que van decantándose hasta llegar al dictamen final tras una tramitación previa en Ponencias, Comisiones y Pleno, en ambos casos con una mayor o menor intervención de Letrados.

gura, con la fuerza de una verdadera garantía institucional, su imparcialidad y objetividad, así como la experiencia, prestigio y conocimientos en materias de Derecho, Gobierno y Administración, por lo que se les reconoce una prelación sobre las demás instancias consultivas de la organización correspondiente. A todo ello se refiere el calificativo de “*Altos*”.

iii) Ser *órganos exclusivamente consultivos*, esto es, institucionalmente limitados, en cuanto a sus competencias de asistencia jurídica, a las funciones consultivas sin asumir las contenciosas. Esto es una característica verdaderamente peculiar y paradójica de nuestros Altos Órganos Consultivos que no es asumida en otros sistemas jurídicos, por lo que conviene analizarla brevemente.

3. La asistencia jurídica como sistema unitario consultivo y contencioso integrado en la Administración Especial del Ramo de Justicia.

Ahora bien, *lo consultivo* y *lo contencioso* integran una unidad de intelección coherente, esto es, un *sistema unitario de asistencia jurídica*, puesto que las cuestiones dudosas y problemáticas que requieren ser sometidas a dictamen consultivo no son sino las que resultan potencialmente contenciosas, es decir, las que presentan un *fumus litis* o cariz litigioso tal que muy probablemente pudieran terminar por ser residenciadas ante un órgano judicial para su resolución definitiva mediante sentencia, de suerte que el consejo jurídico no es sino una *prognosis* o anticipación conjetural de la respuesta que probablemente daría un juez al problema planteado si éste deviniera contencioso.

En el ámbito del Derecho Público, la concepción de la asistencia jurídica al Estado y demás entidades públicas como un sistema unitario facilita la solución al problema metodológico de encuadrar esta función entre las clásicas legislativa, ejecutiva y judicial sin caer en la tentación de considerarla como un *novum genus*⁵. A este respecto, vengo sosteniendo que el *sistema unitario de asistencia jurídica* debe ubicarse en la que prefiero denominar *Administración Especial del Ramo de Justicia*⁶.

⁵ Así, las reuniones que periódicamente celebran los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas y los libros en que se recogen sus ponencias y conclusiones suelen denominarse “*De la función consultiva*”; por su parte el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana suele emplear la expresión “*Poder consultivo*” que, si bien quiere expresar una institución estatutaria contemplada desde el punto de vista orgánico, no consigue expresarla desde el funcional ya que estos órganos son de *auctoritas* y no de *potestas*.

⁶ Puestos a encuadrar en la *Enciclopedia jurídica* el sistema en que la asistencia jurídica a las entidades públicas consiste y, aun admitiendo los créditos que el mismo ha de reconocer al por algunos denominado *Derecho procesal orgánico*, estimo que su mejor encaje y, por tanto, el de los Altos Órganos Consultivos, se encuentra, en el *Derecho Administrativo, Parte Especial*, donde se analizan las *Administraciones Especiales*. Retomo esta expresión como un homenaje al maestro Guayta que la empleaba para referirse a las Administraciones correspondientes al núcleo originario del Estado clásico que se limitaba a las funciones elementales de conservación social, como la militar, la diplomática o la financiera, que fueron asumidas por los Ministerios más antiguos (Defensa, Asuntos Exteriores, Hacienda). La razón de calificarlas como *Especiales* es que estas Administraciones mantienen peculiaridades que no se cohonestan con los principios generales que rigen la denominada *Administración General* en base a cuyos parámetros funcionales se organizó el moderno Estado intervencionista

Confluyen en ella, a mi juicio, la *Administración Judicial*, la *Administración de Justicia* propiamente dicha⁷, las *Administraciones Especiales propias de los distintos estamentos sujetos a Estatutos orgánicos particulares* (como son el Ministerio Fiscal, la Abogacía, la Procuraduría o los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas) y también, junto con algunas otras instituciones forenses⁸, el estatuto de los *Altos Órganos Consultivos* del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Se habrá notado que no mantengo que los Altos Órganos Consultivos pertenezcan a la *Administración de Justicia* como *especie* categorial inclusiva de cuantas competencias en materia de Justicia no sean estrictamente de *Administración Judicial*, sino que pertenecen al *género* que denomino “Administración Especial del Ramo de Justicia” y, por ello, estimo que es desde dicho género como debe de interpretarse la ubicación que algunos Estatutos y el propio art. 107 de la CE relativo al Consejo de Estado hacen de estos Altos Órganos Consultivos en los epígrafes relativos al Gobierno y la Administración⁹

En cualquier caso, me parece forzoso reconocer que en esta materia la terminología no está en absoluto consolidada. Además, el Derecho, como en realidad todas las Ciencias, es esencialmente uno y, por tanto, estas subdivisiones en

y de bienestar social a partir de la eclosión de *Nuevos Ministerios* desgajados del antiguo *de Fomento*. Pues bien, recordando que entre aquellos *Viejos Ministerios* se encontraba también el *de Justicia*, podemos afirmar que, entre esas *Administraciones Especiales*, debe seguir encuadrándose también en la actualidad la que podemos denominar *Administración Especial del Ramo de Justicia*. Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, *La Asistencia Jurídica a las Comunidades Autónomas*, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 1996.

7 No debe confundirse la *Administración Judicial* (conjunto de competencias relativas al estatuto de los jueces como personal jurisdicente para preservar su absoluta independencia, que en España se vienen atribuyendo al Consejo General del Poder Judicial), con la *Administración de Justicia* (competencias sobre el resto de la maquinaria judicial no directamente jurisdicente que tradicionalmente en España venía asumiendo el Ministerio de Justicia y que, en parte, pueden también asumir, por transferencia, las Comunidades Autónomas). Sin embargo, ambas son especies de la *Administración Especial del Ramo de Justicia* y, en cuanto tales, Derecho Administrativo.

8 Es el caso de la llamada *Policía de estrados* y de las distintas medidas adoptadas para el *Buen gobierno y funcionamiento ordinario de los juzgados y Tribunales*. Estas instituciones suelen estudiarse en sede de *Derecho Procesal*, a veces, calificado significativamente de “*orgánico*”, pero no son, en rigor, sino otras tantas especies -menores- del género *Administración Especial del Ramo de Justicia*. Distinto es el caso del *Derecho Procesal sustantivo o material*. Tiene por objeto regular procesos (series de actos procesales) estableciendo los correspondientes procedimientos (conjuntos de normas que regulan los procesos) y, en esa medida, parece también Derecho Administrativo. Sin embargo, en mi criterio, debe ser configurado en cuanto a su naturaleza (más bien desde el Derecho Constitucional) como la plasmación normativa de una competencia exclusiva del Estado central consistente en ejercitar la potestad legislativa de las Cortes Generales en materia procesal. Se trata de un ejercicio y una materia que, como la penal o la civil, constituye toda una rama del Derecho distinta conceptualmente del Derecho Administrativo.

9 Con esta matización y en contra de la opinión de algún ilustre colega, me parece adecuado que el Estatuto de Autonomía de La Rioja, reformado por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, a la hora de recoger, en su artículo 42, la garantía institucional relativa a la existencia y configuración estatutaria del Consejo Consultivo de La Rioja, no lo haya incluido, como otros Estatutos, en el epígrafe correspondiente al *Gobierno* o la *Administración*, sino que lo haya ubicado precisamente en el relativo a la *Justicia*, por más que, en el caso riojano, lo haga en el Capítulo II titulado precisamente “*De la Administración de Justicia*”.

ramas, géneros y especies, en los casos especialmente fronterizos y dudosos como el que nos ocupa, aunque intelectualmente interesantes, no dejan de tener un componente bastante convencional y relativo, por lo que las presento sólo para dejar constancia de mi postura, no para polemizar en absoluto sobre las mismas.

III. Evolución y perspectivas de los Altos Órganos Consultivos.

Sea cual fuere la opción que se elija para ubicar sistemáticamente entre las distintas ramas del Derecho el estudio de los Órganos de Asistencia Jurídica, lo cierto es que la percepción de la íntima relación entre lo consultivo y lo contencioso ha conducido a una dinámica de la organización con arreglo a la cual los referidos Órganos de las distintas entidades sociales, tanto públicas como privadas, suelen tener encomendadas conjuntamente las funciones consultivas y las contenciosas. Sin embargo, la configuración de los Altos Órganos Consultivos en España no ha conducido a la vinculación orgánica y funcional de lo consultivo y lo contencioso, sino, precisamente a todo lo contrario y ello merced a una evolución histórica cuyo estudio supone uno de los capítulos más apasionantes de nuestra Historia institucional del Derecho.

En el *Antiguo Régimen* la función consultiva residía en los distintos Consejos en que se estructuraba la Monarquía absoluta puesto que los mismos asumían la gestión integral (legislativa, ejecutiva, judicial) de las materias de su competencia. No era el *de Estado*, especializado en cuestiones de política internacional, el principal de aquéllos Consejos, sino más bien el *Real* que asumía el conocimiento de todos los *asuntos arduos* del Reino. Sin embargo, será el *Consejo de Estado* el único que subsista y termine convirtiéndose en paradigma de los Altos Órganos Consultivos.

Esta transformación se debe a la recepción en España del *régime administratif* napoleónico que, partiendo de una interpretación de la división de poderes basada en la *desconfianza de la burguesía en la Justicia* -tradicionalmente represiva y dominada por la nobleza-, entendía que el Poder Ejecutivo no debía ser juzgado por el Judicial sino por sí mismo (*jurisdicción retenida*), a cuyo efecto habilitó (Decreto de 22 de julio de 1806) a unos órganos jurídicos, el *Consejo de Estado* y los *Consejos de Prefectura*, integrados en el Ejecutivo pero con estatuto de independencia orgánica y funcional, para enjuiciar los asuntos contencioso-administrativos y elevar al Ministro correspondiente la resolución que procediera en Derecho. Por Ley de 24 de mayo de 1872, se delegó permanentemente en dichos Consejos la resolución de los asuntos (*jurisdicción delegada*).

La recepción en Europa continental de este modelo bonapartista es patente en Bélgica e Italia donde aún subsiste¹⁰. En España, el sistema francés de

¹⁰ El sistema bonapartista de Consejo de Estado con *jurisdicción retenida* inspirará al Consejo piomontés creado por los Saboya mediante Decreto de 13 de Septiembre de 1831, que, al igual que su homólogo francés, terminaría convirtiéndose en un órgano estatal con *jurisdicción delegada* que

jurisdicción retenida fue importado por el Estatuto de Bayona¹¹ y la Constitución de Cádiz¹², aunque los vaivenes propios del constitucionalismo de la época¹³ determinaron que, sólo con la llegada de los moderados al poder en 1845, se lograra una mayor estabilidad institucional al crear un *Consejo Real* y *Consejos Provinciales* con funciones contencioso-administrativas según el modelo francés de *jurisdicción delegada*¹⁴ que la Ley Orgánica de 17 de agosto de 1860 asignó al *Consejo de Estado*.

Por el contrario, en el *Reino Unido* la justicia regia, desde las ancestrales Ordenanzas o *Assizes* de Clarendon (1166) y Windsor (1179), firmadas por Enrique II Plantagenet en el siglo XII, se había erigido como una instancia de creciente prestigio hasta resultar prácticamente indiscutible para el enjuiciamiento,

actualmente ejercen, en el ámbito estatal, el *Consiglio di Stato*, regulado por la Ley de 31 de enero de 1926, y, en el regional, los *Tribunales Administrativos Regionales*, regulados por la Ley de 6 de diciembre de 1971.

11 El *Estatuto de Bayona* remodelaba los Consejos de Estado y Real. Parece que la idea era que el nuevo *Consejo Real* fuera el heredero del viejo *Consejo de Castilla*, pero su iniciativa de declarar nulas las abdicaciones de Bayona ocasionó su supresión mediante Decreto firmado por el propio Napoleón en Chamartín el 4 de diciembre de 1808. Casi simultáneamente, la *Junta Central*, reunida en Sevilla, decidió restablecerlo, pero atribuyéndole las competencias de todos los Consejos y Tribunales del Antiguo Régimen, bajo la denominación de *Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias*, pero este Consejo excepcional sería suprimido por el de Regencia que, el 16 de septiembre de 1810, en vísperas de reunirse las Cortes en Cádiz. Cfr. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Historia de las Instituciones político-administrativas contemporáneas (1808-1975)*, Madrid, Dickinson, 1994, págs. 249-250 y 416.

12 Por Decreto de 13 de marzo de 1814 se creó el *Tribunal Supremo de Justicia*, pero lo contencioso-administrativo en la versión de *jurisdicción retenida* se atribuía al Consejo de Estado. Cfr. TOMAS Y VALIENTE, *El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, incluido en su obra póstuma prologada por Bartolomé Clavero, *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 102-103

13 El *regreso de Fernando VII* supuso volver al sistema de Consejos (Decretos de 4 y 27 de mayo de 1814 y 31 de marzo de 1815), el *Trienio liberal* restableció en modelo gaditano (Decreto de 12 de marzo de 1820). La *segunda reacción absolutista* restableció los viejos Consejos (Decretos de 1 de octubre y 26 de junio de 1823) aunque con funciones suspendidas (Decreto de 13 de septiembre de 1835) hasta que la nueva *Junta Consultiva de Gobierno* que las había asumido fue suprimida (Decreto de 28 de diciembre de 1825). El *testamento de Fernando VII* determinó la creación de un *Consejo de Gobierno* que dejó en suspenso al *de Estado* mientras que las funciones de los demás se trasladaron a un *Consejo Real de España e Indias* que asumió las contencioso-administrativas mientras que el resto de las judiciales se encomendaban a los *Tribunales Supremos de España e Indias, Guerra y Mar y Hacienda* (Decreto de 24 de marzo de 1834). Restablecida la Constitución gaditana en 1836, se disolvieron los *Consejos de Gobierno y Real de España e Indias* (Decreto de 13 de agosto de 1836) pero se mantuvo el *Tribunal Supremo de España e Indias* que siguió funcionando con arreglo a su Decreto constitutivo de 24 de marzo de 1834 y luego con sujeción al famoso Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835. Como la Constitución de 1837 guardó silencio al respecto, el *Tribunal Supremo* continuó hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que lo consolidó definitivamente, pero sin funciones contencioso-administrativas que teóricamente seguían perteneciendo al Consejo de Estado creado por la Constitución de Cádiz. Cfr. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1996.

14 Ley de 1 de enero de 1845 y RR.DD. de 6 de julio y 22 de septiembre de 1845. El triunfo de los progresistas en 1854 determinó la sustitución del *Consejo Real* por un órgano que, pese a su nombre de *Tribunal contencioso-administrativo*, seguía siendo administrativo y de jurisdicción delegada (Decreto de 7 de agosto de 1854). El regreso de los moderados determinó el restablecimiento del *Consejo Real* (Decreto de 16 de octubre de 1856) que pronto pasó a denominarse *Consejo de Estado* (Decreto de 14 de julio de 1858).

no sólo de asuntos civiles o penales, sino también para el de los administrativos. El sistema anglosajón de Estado de Derecho o *rule of law* terminó así configurándose, a diferencia del francés, como un modelo de *confianza judicial* en que la Administración, pese a los privilegios que puedan otorgarle normas legislativas especiales (*statute law*), resultaba sometida, en líneas generales, al Derecho común (*common law*) aplicado como Derecho de la tierra (*law of the land*) por los Tribunales ordinarios mediante un sistema de vinculación a los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*) que no impide ir creando derecho (*judge made law*) mediante nuevos fallos ejemplares (*leading case*). El conocimiento, estudio y presentación adecuada de los precedentes judiciales aplicables al caso constituye la esencia de lo consultivo en el sistema anglosajón. Sin embargo, los jueces y Tribunales ordinarios están desprovistos de funciones consultivas previas ya que tradicionalmente las mismas se atribuyen a los gabinetes jurídicos donde brillan los *lawyers* y los *barristers*¹⁵

Cuando los liberales españoles regresan de su exilio en Londres vuelven convertidos al judicialismo inglés y eso explica que la *Gloriosa Revolución* de 1868 hiciera bandera, no sólo de la *unificación de fueros*, sino de la *judicialización de la jurisdicción contencioso-administrativa* que sería expropiada al Consejo de Estado para asignarla a una *Sala de recursos contra la Administración* adscrita al Tribunal Supremo (Decreto de 13 de octubre de 1868) donde, salvo algunas incidencias posteriores¹⁶, terminaría por consolidarse en 1904 como *Sala Tercera*¹⁷.

La pérdida de competencias contenciosas relegaba al Consejo de Estado desde 1904 a la posición de un *Senado de notables* con funciones consultivas y residuales¹⁸, una situación de áurea independencia pero que apuntaba a su eliminación¹⁹. Sin embargo, no fue así.

15 Cfr. VAN CAENEGEM, R. Ch., *El nacimiento del common law inglés*, en *Interpretatio, IV*, Madrid, Servicio Publicaciones, Universidad Complutense, 1998; y SÉROUSSI, Roland, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.

16 La I República reorganizó el Consejo de Estado pero ya sin las funciones contencioso-administrativas (Decreto de 1 de junio de 1874). La Restauración devolvió las competencias contencioso-administrativas al Consejo de Estado (Decretos Leyes de 17 y 20 de enero de 1875).

17 La Ley de lo Contencioso Administrativo de 13 de septiembre de 1888 convirtió la *Sección de lo Contencioso-Administrativo* del Consejo de Estado en *Tribunal de lo Contencioso-Administrativo* que, por Ley de 5 de abril de 1904, del Consejo de Estado (y su Reglamento, aprobado por Decreto de 10 de enero de 1906), sería desvinculado del Consejo de Estado y adscrito definitivamente al *Tribunal Supremo* como *Sala Tercera*.

18 Aunque conservaba lo que podemos denominar convencionalmente una *jurisdicción retenida residual* en cuantos asuntos quedaron entonces *excluidos de la jurisdicción contencioso-administrativa*, y que podemos sistematizar en *asuntos normativos* (Reglamentos), *tradicionales asuntos "de Estado"* (Tratados y cuestiones de Derecho Internacional Público); *antiguos asuntos "de cámara"* (es decir, las viejas funciones sinodales de *gracia, merced y patronato regio*, que conllevan la competencia sobre los actos políticos y discrecionales, la materia de personal y los asuntos de Derecho nobiliario o Penitenciario, como los indultos); y, *asuntos parajudiciales* (como la propuesta de resolución de los conflictos de jurisdicción o de las presas marítimas). Nótese que este conjunto competencial explica básicamente las que actualmente conserva.

19 La *Dictadura* reforzó el carácter prestigioso y técnico del Consejo de Estado al crear la figura de los *Consejeros Permanentes* y la *Comisión Permanente* (Decreto Ley de 21 de junio de 1929). La II

El Régimen de Franco confirmó la institución²⁰ y, aunque sus competencias siguieron disminuyendo²¹, el Consejo de Estado consiguió, merced a la calidad de sus dictámenes y a la alta capacitación jurídica de sus Consejeros y Letrados, que su intervención fuera reputada por la excelente legislación y jurisprudencia administrativas de la época²² una *garantía procedimental* de la que no debía prescindirse.

Esto explica que la Constitución de 1978 haya configurado al Consejo de Estado²³ como *supremo órgano consultivo del Gobierno*, expresión que el Tribunal Constitucional ha interpretado en el sentido de que se encuentra “*al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece*” lo que permite a las Comunidades Autónomas acudir al mismo o bien sustituir sus dictámenes por los de Altos Órganos Consultivos semejantes (STC 204/1992).

La relevancia constitucional otorgada al Consejo de Estado en el artículo 107 de la Constitución y la expresada doctrina vertida sobre el mismo por el Tribunal Constitucional ha permitido un fenómeno de generalización del modelo en los distintos Estatutos de Autonomía que han dotado de sendos Consejos Consultivos a las distintas Comunidades Autónomas.

Esta breve exposición diacrónica que hemos efectuado, muestra cómo paradójicamente, el modelo español de Altos Órganos Consultivos, fruto de la doble influencia del sistema francés y del anglosajón, puede tener futuro en el horizonte de una futura armonización legislativa europea en esta materia. Varios son los motivos para este optimismo comparatista:

República, sin embargo, suprimió el Pleno (Decreto de 22 de abril de 1931) y, si bien la Constitución de 1931 (art. 96) preveía crear un *Cuerpo Consultivo Supremo*, sólo llegó a instaurarse una *Junta Permanente de Estado* (Decreto de 7 de noviembre de 1933) pronto suprimida (Decreto de 30 de mayo de 1936).

20 La Ley de 10 de febrero de 1940 y el Decreto de 5 de agosto de 1941 volvieron al modelo de la Ley de 1904, aunque pronto se acometió una nueva regulación (Ley de 25 de noviembre de 1944) más centrada en su composición que en sus competencias. Cfr. GARCIA ALVAREZ, Gerardo, *La función constitucional del Consejo de Estado*, Barcelona, Cedecs, 1996.

21 La defensa de las Leyes Fundamentales se atribuía al *Consejo del Reino* mediante el *recurso de contrafuero*. La jurisdicción que el Consejo retenía en materia de personal a través del llamado recurso de agravios fue asignada a la jurisdicción contencioso-administrativa por su Ley reguladora de 1956 mediante el *proceso especial en materia de personal*.

22 Las Leyes de Expropiación forzosa, de 16 de diciembre de 1954; Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956; Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957; Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 y Contratos del Estado (Decreto legislativo 923/1965, de 8 de abril), que formaban el armazón normativo del llamado *Estado Administrativo de Derecho*, exigían la intervención consultiva del Consejo de Estado en importantes asuntos que la jurisprudencia contencioso administrativo exigía como una ineludible garantía procedimental (cfr. por toda, Sentencia de 11 de noviembre de 1977, Ar. 4356).

23 Ahora regulado por Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, modificada en su art. 12.1 por la Ley Orgánica 13/1983, de 26 de noviembre, y su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, modificado por RR.DD. núms. 1405/1990, de 16 de noviembre y 990/1998, de 22 de mayo. Las incompatibilidades de sus componentes se regulan en la Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero.

i) Por un lado, es bien sabido que los modelos de *régime administratif* y *rule of law* hace tiempo que están convergiendo, por lo que el sistema español, fruto de la influencia de ambos, puede contribuir a su acercamiento pues, a mi juicio, sin una previa profundización en el Derecho Comparado Europeo difícilmente podrá acometerse una armonización legislativa en el seno del Derecho Comunitario Europeo.

ii) Por otra parte, el Derecho procesal de la Unión Europea, que se estaba construyendo sobre el paradigma del contencioso-administrativo franco-belga, ha de asumir las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su precitada Sentencia *Procola* de 28 de septiembre de 1995, ha censurado el sistema belga de jurisdicción retenida por entender prevenido a todo órgano judicial que haya dictaminado consultivamente con anterioridad un asunto contencioso. Si, como es previsible, esta jurisprudencia se consolida, habrá que pensar seriamente en el ejemplo español de desvinculación orgánica -que no conceptual- entre lo contencioso y lo consultivo.

iii) Finalmente, los Altos Órganos Consultivos prestan con sus autorizados dictámenes una función de refuerzo y legitimación a todos los poderes que, si ya era importante en los *Estados unitarios*, lo es mucho más en los *Estados compuestos* (sean federales, autonómicos, regionalizados o meramente descentralizados) y, por extensión, también en las organizaciones supranacionales de integración en que los mismos participen, como es el caso de la Unión Europea. En efecto, tales Estados y organizaciones se basan en el respeto y la coordinación de distintos *círculos concéntricos* de competencias asegurados a las instancias correspondientes con técnicas federalizantes, como la denominada de las *garantías institucionales*, cuya aplicación concreta requiere la mediación del dictamen consultivo ya que no se trata de legitimar sólo realidades *compuestas*, sino esencialmente *complejas*²⁴.

Así pues, podemos pensar en la posibilidad de exportar nuestro modelo de Altos Órganos Consultivos como una instancia de indiscutible garantía preventiva para los ciudadanos y los poderes públicos en la doble perspectiva del Derecho Constitucional Comparado y del Derecho Comunitario Europeo.

III. Funciones de los Altos Órganos Consultivos que pueden contribuir a la reforma de la justicia.

El diseño de la posición institucional, de la ubicación metodológica y de la evolución diacrónica que de los Altos Órganos Consultivos hemos efectuado

²⁴ Para una exposición detallada de la *Teoría de los círculos concéntricos*, Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, *Reflexiones jurídicas para un tiempo de crisis, nuevo orden internacional, constitución europea y proceso autonómico español*, Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, 1996 y “La Teoría de los círculos concéntricos: Una aportación de la Jurisprudencia de Sistemas a la comprensión del principio constitucional europeo de subsidiariedad”, en BANUS, Enrique (ed.), *Subsidiariedad: Historia y Aplicación, Studia Europea Navarrensis*, núm 3, Centro Estudios Europeos, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, págs. 139-171; también, “Constitución europea y jurisprudencia de sistemas”, en *Revista de Estudios Europeos (R.E.E.)*, núm. 9, de Enero-Abril, Valladolid, Centro de Documentación Europea de la Universidad de Valladolid, 1995, págs. 39-56.

en los epígrafes precedentes muestra que la relación de los mismos con la Justicia resulta evidente. Partiendo, pues, de esta constatación, podemos concluir señalando ciertos ámbitos de la Justicia en los que una estrecha colaboración de los Altos Órganos Consultivos puede contribuir eficazmente a reformarla. Nos referimos especialmente a la jurisdicción contencioso-administrativa dado que los Altos Órganos Consultivos intervienen prioritariamente en cuestiones de Derecho Público que afectan a las Administraciones Públicas.

1. Funciones de refuerzo del Poder Judicial.

Las competencias atribuidas a los Altos Órganos Consultivos no circunscriben su eficacia al ámbito asesor que les es propio en el seno de las organizaciones que les consultan, es decir, normalmente del Poder Ejecutivo y, en algunos casos, también del Legislativo, sino que también son susceptibles de ser interpretadas como *funciones de refuerzo del Poder Judicial*. En esto puede radicar una de las líneas de reflexión para la reforma de la Justicia.

Aunque emanada del pueblo, la Justicia, como columbró lúcidamente Montesquieu, no confiere una legitimidad de origen directa a los jueces y magistrados llamados a aplicarla, puesto que sus cargos no provienen de una elección democrática sino de una selección en base al mérito y la capacitación jurídicos, por lo que la legitimidad que pueden exhibir es más bien de ejercicio en la medida en que ajusten sus actuaciones al marco jurídico diseñado por el Estado de Derecho que, como sabemos, es también un Estado de Razón, es decir, por un lado, a la ley en sentido material, emanada de los órganos de representación popular directa, esto es, con legitimidad de primer grado (leyes en sentido formal aprobadas por los Parlamentos) o indirecta, o sea, con legitimidad de segundo o ulterior grado (reglamentos aprobados por el Ejecutivo); y, por otro, a los postulados y exigencias de la razón, especialmente de la razón jurídica.

Como he estudiado ampliamente en otro lugar²⁵, si la actuación de los poderes públicos, y, por tanto, también del Judicial, no se ajusta *al Derecho y la razón*, deviene *arbitraria* e incurre, *eo ipso*, en la *interdicción constitucional de la arbitrariedad* sancionada en el art. 9.3 CE. Prescindiendo ahora del *desajuste a Derecho*, la *falta de razón* puede provenir, no sólo de una falta de lógica formal, sino también de una falta de lógica deóntica (que es la específicamente jurídica), de una inmoralidad radical o incluso de un defecto de ajustamiento a las exigencias del sistema subyacente en que se enmarque la cuestión a resolver.

Pues bien, la capacitación judicial permite, en teoría, al Poder Judicial hacerse cargo de todas estas variables y circunstancias y acometer por sí solo la función de motivación *en Derecho y razón* de sus decisiones, de suerte que éstas y, en definitiva, el propio órgano y Poder que las emanan, resulten legitimadas en su ejercicio concreto. Pero la democracia, como señalábamos al principio, está

²⁵ Cfr. GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La interdicción constitucional de la arbitrariedad ...", *op. cit.*, págs. 123-189.

estructurada sobre la base de una desconfianza estructural en el poder, en quienes lo ejercen y en la forma en que lo ejercen y, por tanto, requiere una constante vigilancia sobre sus titulares y, no sólo en cuanto a su legitimidad de origen, que normalmente no se cuestiona, sino especialmente en cuanto a la de ejercicio cuyo ajuste a *Derecho y razón* debe garantizarse en cada acto. Esto resulta especialmente importante en el Poder Judicial que no puede exhibir otra legitimidad directa que la de ejercicio y que, al estar encarnado por personas, es naturalmente falible y también puede motivar mal o insuficientemente sus decisiones e incluso, en algún caso, adoptarlas arbitrariamente.

Es verdad que para corregir tales excesos o defectos existe normalmente el mecanismo procesal de los recursos, especialmente los que cabe residenciar ante instancias judiciales superiores en grado. Pero no menos cierto es que las segundas y ulteriores instancias son siempre soluciones inciertas, lentas, costosas y, por supuesto, *a posteriori*. De ahí que la necesaria legitimación de los actos judiciales aconseje también *reforzarla* mediante la intervención preceptiva, preventiva (*a priori*), más ágil y económica de los Altos Órganos Consultivos que, merced a la vinculación esencial entre lo consultivo y lo contencioso gozan también de una especial virtualidad en orden a reforzar paradójicamente un Poder que, como el Judicial, parecía no precisar tan claramente como otros dicho refuerzo.

Esta función de refuerzo debe rescatarse en el ámbito del Derecho estatal, donde el Consejo de Estado tiene un bien ganado prestigio que la jurisprudencia no debe minimizar sino reforzar, exigiendo su intervención cuando sea preceptiva, pero no una intervención entendida como mero formalismo sin otro sentido que prolongar los pleitos con lesión del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, sino como una enérgica garantía pre-contenciosa para los ciudadanos que puede y debe evitar en lo posible el mal y la lucha que todo proceso entraña.

Si eso cabe decir en el ámbito estatal, mucho más aún cabe afirmarlo en el autonómico donde es cada vez más dudosa la vigencia del presunto principio *iura novit curia* debido a la inflación de la normativa legal y reglamentaria emanada de las Comunidades Autónomas y que, no lo olvidemos, debe ser aplicada por un Poder Judicial que es único para todo el Estado y no exclusivo para cada Comunidad Autónoma, por lo que es muy difícil exigir a los jueces a la vez una vocación nacional y una preparación específica en cada uno de los diecisiete ordenamientos autonómicos.

En efecto, el principio constitucional de unidad jurisdiccional (arts. 117.5 y 152.1 CE) convierte al Poder Judicial en único para todo el ámbito estatal, pero los Tribunales son los encargados de controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) no sólo de los Ejecutivos estatales sino también de los de las Comunidades Autónomas. De ahí que los Altos Órganos Consultivos de las propias Comunidades Autónomas, cuyos dictámenes versen sobre aspectos de legalidad del ejercicio en el ámbito autonómico de la potestad reglamentaria o de la actuación administrativa se conviertan

en unos colaboradores cualificados y de primer orden con las funciones de control y revisión que competen a los Tribunales sobre estos aspectos.

Una de las vías, pues, de reforma de la Justicia debe ser, en mi criterio, que la jurisprudencia exija la intervención de los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas en el ámbito competencial que les es propio al menos con el mismo rigor que tradicionalmente viene haciéndolo con respecto a la del Consejo de Estado en el ámbito estatal.

2. Funciones de prognosis judicial, ilustración y prevención de litigios.

Como hemos expuesto, los Altos Órganos Consultivos realizan una labor de *prognosis judicial* ya que los dictámenes consultivos no son sino prefiguraciones de lo que un órgano judicial sentenciaría si el asunto consultado deviniera contencioso.

Esta íntima unidad entre lo consultivo y lo contencioso supone una realidad orgánica en los países de régimen administrativo con jurisdicción retenida o delegada en los Consejos de Estado, como Italia o Francia, donde los supremos órganos consultivos son también los supremos órganos contenciosos.

En los países, como el nuestro, donde las funciones consultivas se han escindido de las contenciosas, los dictámenes consultivos no cuentan con el refuerzo orgánico que hace suponer que el órgano que emite su parecer en vía consultiva, al ser precisamente el mismo que ha de fallar los asuntos en vía contenciosa, mantendrá una coherencia con sus propios criterios consultivos en el momento contencioso.

Sin embargo esto supone una aporía de imposible solución ya que, si se opta por el modelo de jurisdicción contencioso-administrativa plenamente judicializada no puede mantenerse la unidad entre lo consultivo y lo contencioso, y, por el contrario, si se mantiene dicha unidad, no es posible optar por un modelo organizativo de jurisdicción contencioso-administrativa plenamente judicializada.

De ahí que nuestro sistema jurídico consista en un eventual control consultivo de legalidad ejercitado *a priori* o preventivamente por los Altos Organismos Consultivos, seguido, en su caso, de uno judicial *a posteriori*, es decir, revisor de lo previamente actuado por la Administración.

Cualquiera que sea el modelo de régimen administrativo adoptado, los dictámenes consultivos cumplen una función de prognosis judicial que se traduce en un importante apoyo y refuerzo para las funciones jurisdiccionales no sólo porque los dictámenes suponen una aproximación técnica de suma importancia para centrar, en su caso, los problemas litigiosos y el *thema decidendi*, sino también por la trascendencia que tienen en orden a prevenir y evitar litigios innecesarios.

3. Función de garantía.

Otro de los apoyos prestados por los Altos Órganos Consultivos al Poder Judicial consiste en que los mismos actúan en vía administrativa una importante función garantista para con los ciudadanos implicados en procesos judiciales que la jurisprudencia tradicionalmente ha venido exigiendo con rigor, consciente de su trascendencia para la prevención, eliminación y, en su caso, facilitación de los procesos.

Esta línea jurisprudencial, extraordinariamente potenciada por la jurisprudencia preconstitucional posterior a las grandes leyes administrativas de los años 50 y 60, sufrió alguna inflexión tras la entrada en vigor de la Constitución y el advenimiento de las Comunidades Autónomas ya que algunas sentencias comenzaron a relativizar la importancia de los dictámenes de los Altos Organismos Consultivos y, en concreto, del Consejo de Estado, suscitando dudas sobre la preceptividad de su intervención en los procedimientos autonómicos, especialmente en materia de potestad reglamentaria, y sobre la posibilidad de subsanar el defecto procedimental consistente en la omisión de los mismos mediante una sustitución por el propio Tribunal de las funciones garantistas encomendadas a los Altos Organismos Consultivos.

Tras la STC 204/92 esta jurisprudencia pusilánime debe considerarse superada, si bien será preciso reconstruirla y para ello no sólo es precisa la colaboración del Poder Judicial, sino también la de los Altos Organismos Consultivos a través de una creciente calidad y rigor en sus dictámenes.

4. Funciones en el control de la discrecionalidad administrativa.

Como es bien sabido, una de las competencias tradicionales de los Altos Organismos Consultivos era el control preventivo de los actos políticos y discrecionales del Gobierno que estaban exceptuados de revisión judicial contencioso-administrativa con objeto de revestirlos de la precisa racionalidad sin la que simplemente serían arbitrarios con el correspondiente deterioro en la legitimación de ejercicio del poder Ejecutivo.

La jurisdicción contencioso-administrativa ha ido avanzando hacia un riguroso control de la discrecionalidad, de suerte que incluso se ha hablado de un *imperialismo jurisdiccional* que ha ido sometiendo a un cerco cada vez más estrecho, hasta prácticamente reducir a la nada, el núcleo de actuaciones judicialmente irrevisables. La polémica sobre la *discrecionalidad técnica*, el *poder de sustitución* de la jurisdicción contencioso-administrativa, la reducción progresiva de la *excepción de acto político* y la revisabilidad incluso de los actos de clasificación de secretos oficiales, constituyen los últimos capítulos de esta serie de progresivo control integral de la actuación del Poder Ejecutivo por el Judicial.

Pues bien, en esta tendencia, los órganos judiciales pueden contar con un inestimable apoyo y refuerzo por parte de los Altos Organismos Consultivos en orden a delimitar los principales conceptos jurídicos indeterminados, definir los límites de los poderes implicados y presentar los intereses públicos y privados

afectados, y hacerlo con la objetividad e independencia que les caracteriza y que resulta tanto más necesaria en una cuestión tan sutil y controvertida donde es, por tanto, imprescindible el criterio de *auctoritas*.

5 Funciones de apoyo al control de la potestad reglamentaria.

La intervención de los Altos Órganos Consultivos garantizando con sus dictámenes jurídicos el ajuste de los actos de los poderes públicos a la razón, especialmente a la razón jurídica, para que dichos actos se encuadren en el Estado razonable de Derecho querido por la Constitución, tiene especial trascendencia cuando lo consultado a tales Órganos son proyectos de disposiciones generales ya que éstas, al estar llamadas a incardinarse en el ordenamiento jurídico, serán susceptibles de reiteradas aplicaciones y, por tanto, de generar efectos sobre toda la ciudadanía.

En este sentido, los Altos Órganos Consultivos pueden prestar un singular apoyo a la Justicia cuando ésta deba revisar el ajuste a Derecho de los textos reglamentarios. Repárese en que los Altos Órganos Consultivos están institucionalmente llamados a revisarlos preventivamente en orden a garantizar, no sólo su *constitucionalidad* y ajuste a la legalidad *estatal* a que eventualmente estén sometidos, sino también su *estatutoriedad* y ajuste a la *legalidad autonómica* con rango formal de ley, cuestiones éstas mucho más especializadas porque requieren conocimientos profundos del Derecho Autonómico aplicable.

Además, los Altos Órganos Consultivos, como he descrito en otro lugar, pueden y deben vigilar la aplicación a los respectivos proyectos normativos de la denominada Técnica Legislativa en cuanto saber jurídico encaminado a garantizar la calidad de las normas, lo que puede suponer una importante ayuda para la Justicia aunque sólo sea para conocer los antecedentes y contexto de una determinada expresión normativa.

6 Funciones de “sustitución” del Poder Judicial: En especial el arbitraje administrativo.

Hasta ahora nos hemos ocupado de las funciones *de refuerzo* del Poder Judicial que pueden asumir los Altos Órganos Consultivos, analizándolas en general y en sus principales especies, pero no podemos preterir la importancia que en un debate sobre la reforma de la Justicia puede tener la cuestión de la posibilidad, y aun la conveniencia, de *sustituir* en algunos casos la intervención de los Tribunales por la de una instancia dirimente no jurisdiccional pero sí absolutamente independiente y objetiva, como la que representan los Altos Órganos Consultivos, que alivie la congestión crónica que sufre nuestra Justicia, especialmente la contencioso-administrativa.

En este ámbito de ideas han surgido últimamente, como aludíamos al comienzo, diversas propuestas encaminadas a instaurar en España los *medios alternativos a la solución de litigios administrativos* ensayados en algunos países de tradición jurídica anglosajona y, en especial, el arbitraje administrativo.

En otro lugar²⁶ he analizado con detenimiento tanto el concepto como evolución histórica de la institución arbitral y sus posibilidades de aplicación en el ámbito de las Administraciones Públicas y no es ahora el momento de repetirlo. Baste con señalar la impresión de que en toda esta cuestión del arbitraje administrativo da la sensación de que, una vez más, nos estamos apuntando en España a todo lo que parezca una garantía (recurso contencioso administrativo, Defensor del Pueblo recurso de amparo para lesiones a derechos fundamentales, ahora el arbitraje...) pero sin preocuparnos de definir la posición institucional de cada instancia y de deslindar adecuadamente el ámbito de actuación respectivo.

Piénsese que los sectores donde se está aconsejando una introducción de medios alternativos a la resolución de conflictos administrativos y, concretamente, del arbitraje administrativo son las cuestiones de *personal*, los *contratos* y *concesiones* administrativas, la *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas, la *expropiación* forzosa, la *disciplina deportiva*, el *urbanismo* y el medio ambiente, los *transportes* y *comunicaciones*, la Administración *electoral*, *sindical* y *laboral*, el *consumo* y otros sectores semejantes.

En muchos de estos ámbitos hace tiempo que han surgido órganos especiales, no propiamente de arbitraje, pero sí encuadrables en alguna figura semejante. Es el caso de las *Juntas de personal*, los *Jurados de Expropiación forzosa*, los *Comités de Disciplina deportiva*, las *Juntas de Compensación urbanística*, las *Juntas electorales* etc. Incluso algunos postulan una intervención más decisiva en materias administrativas del Defensor del Pueblo, una institución demasiado centrada -es cierto- en los derechos fundamentales, y una extensión de figuras administrativas tales como las contenidas en el art. 107,2 LPAC, la terminación convencional del procedimiento (que ya aparecía en el artículo 24 de la vieja Ley de Expropiación forzosa) o el mecanismo de las *Juntas Consultivas de contratación administrativa*.

Pero muy pocos se está acordando -en medio de este panorama de propuestas, refundaciones y redescubrimientos orgánicos-, de la existencia y función de los Altos Órganos Consultivos del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, resulta que los Altos Órganos Consultivos existen, tienen una añeja tradición y, además, tienen mucho que decir en la materia arbitral que nos ocupa:

- i) Por de pronto, están previamente creados por Leyes especiales estatales o autonómicas que es uno de los requisitos que se exige para instituir el arbitraje administrativo.

²⁶ GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La posición institucional del árbitro en el arbitraje administrativo: Algunas reflexiones sobre la fundamentación del sistema arbitral", Ponencia presentada en las *Jornadas de reflexión sobre el arbitraje administrativo*, organizadas por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 12 y 13 de julio de 2001.

ii) En segundo término, tienen atribuidas competencias precisamente en muchos de los sectores en que se aconseja el arbitraje administrativo, como es el caso de los contratos y concesiones administrativas, y, sobre todo, la responsabilidad patrimonial.

iii) Sus órganos son colegiados independientes, objetivos y absolutamente imparciales.

iv) Disponen de un procedimiento sencillo y barato de funcionamiento donde incluso está prevista la audiencia de los interesados.

v) Emiten sus dictámenes con el doble carácter de facultativos y precontenciosos y,

vi) Por último, los Altos Órganos Consultivos son, precisamente, las instituciones cuya intervención nuestro Derecho Público ha exigido como garantía para autorizar los excepcionales casos en que debía acudirse a la transacción o el arbitraje.

Ante este cúmulo de notables circunstancias y habida cuenta de que la posición institucional de los Altos Órganos Consultivos no debe olvidarse en el contexto que nos ocupa, estimo que sería erróneo reducir su intervención a una función de mero informe operativo en la fase de instrucción, desarrollo o propuesta de resolución del procedimiento administrativo, cuando están perfectamente capacitados para intervenir en la propia fase de terminación y decisión del mismo y cuando sus razonados e imparciales dictámenes pueden obviar en muchos casos el recurso a un procedimiento arbitral siempre más complejo.

IV. Conclusiones.

La idea de que hay que reformar la Justicia se enmarca en la más profunda de que el complejo institucional al que llamamos Estado está crisis en sus tres clásicos “poderes” y, por tanto, dicha reforma hay que plantearla, no sólo en el legislativo o el ejecutivo, sino también en el judicial. Lo paradójico es que, habiendo nacido el Estado de Derecho y la división de poderes como *instituciones de desconfianza* en el poder público y para el control ordenado del mismo, la crisis que ahora afecta a todos sus componentes y desde la que se postulan las reformas es precisamente una *crisis de confianza* pues no nos fiamos de la eficacia de los instrumentos que nuestra desconfianza hacia el poder creó para limitarlo, como es singularmente la Justicia.

Surgen, así, por doquier propuestas de *instancias, medios y modos alternativos*²⁷ a los propios de la organización estatal y sus complejos institucionales.

²⁷ El *uso alternativo del Derecho* surgió como una consecuencia intelectual del marxismo vulgar en cuanto que partía de la idea de que el Derecho es una simple superestructura del entramado básico de intereses sociales, por lo que sólo podía romperse la fatídica determinación de las normas por la

Esto explica la proliferación y prestigio de las *organizaciones no gubernamentales*, el surgimiento de los nuevos *sistemas de auto-regulación* alternativos a la legislación emanada de los Parlamentos o de los modelos de Administración participativa y convencional (*auto-gestión y administration by agreement*) que se sugieren frente al ejercicio unilateral de las potestades administrativas que era propio de la *autotutela* clásica²⁸. También en el ámbito de la Justicia aparecen el arbitraje, la mediación, la conciliación e, incluso en el campo de la justicia administrativa, los llamados *medios alternativos a la resolución de conflictos administrativos*.

Éstos últimos son los famosos “A.D.R.”, en siglas anglosajonas, pues *Administrative Dispute Resolution Act* es el título de la Ley norteamericana de 15 de noviembre de 1990 que los instauró en el funcionamiento de ciertas Agencias estatales, sobre todo en materia medio-ambiental²⁹. El Derecho Comunitario Europeo ha importado del norteamericano esos medios incorporándolos, tras sendas Recomendaciones de las cumbres de Lisboa, Viena y Tampere, a las Directivas y Reglamentos comunitarios en determinados ámbitos, como el medio-ambiente, el consumo, el comercio electrónico o la contratación administrativa en los denominados sectores excluidos³⁰.

Pues bien, es precisamente en el citado ámbito de las *propuestas para la reforma de la justicia administrativa* o, si se prefiere, en el de las *posibles nuevas vías, instituciones y procedimientos para la resolución los conflictos jurídico-administrativos*, donde debe subrayarse la importancia que, con vistas a una reforma de la Administración de Justicia en España, pueden tener los Altos Órganos Consultivos del Estado y las Comunidades Autónomas.

La íntima relación entre lo consultivo y lo contencioso, no sólo explica el origen y posición institucional de los Altos Órganos Consultivos, sino también la conexidad de los mismos con la Justicia y su virtualidad en orden a reformarla. prestando, en sus respectivos ámbitos de actuación, funciones de prevención

estructura socio-económica subyacente si el ordenamiento se usaba para un uso alternativo como es precisamente alterar la estructura orientándola en el sentido de la justicia. Pero ahora se trata de un nuevo alternativismo jurídico consistente en buscar alternativas institucionales a los viejos mecanismos de ejercicio y control del poder que se han demostrado ineficaces. Cfr. SOUZA, María Lourdes de, *El uso alternativo del Derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, León, Universidad de León, 1999.

²⁸ Sobre estas ideas, cfr. MUÑOZ MACHADO, Andrés, *La gestión de la calidad total en la Administración Pública*, Ed. Diaz de Santos, Madrid, 1999.

²⁹ Cfr. ROSA MORENO, Juan, *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante- McGraw-Hill, Madrid, 1988, págs. 89-94.

³⁰ Así, la Resolución de 6 de mayo de 1994 del Parlamento Europeo (DOCE C 205, de 25 de julio de 1994) recomienda el sometimiento al arbitraje, sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 23 de marzo de 1982 (asunto 102/1981 *Nordsee*), aun reconociendo que los árbitros ejercen una actividad jurisdiccional, concluye entendiendo que carecen de legitimación para plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. LOPEZ-MEDEL BASCONES, Manuel, “Arbitraje, jurisdicciones nacionales y cuestión prejudicial”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, num 1849, Año LIII, de 15 de julio de 1999. Para la evolución de esta normativa comunitaria, cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María, *Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

de litigios, garantía jurídica para los ciudadanos, apoyo al control de la discrecionalidad administrativa e incluso arbitraje y hetero-composición de intereses administrativos potencialmente litigiosos.

Esta propuesta pretende que nuestros Altos Órganos Consultivos, con su intervención, externa, independiente, dirimente y pre-contenciosa, contribuyan a evitar una jurisdiccionalización generalizada de la revisión de los actos administrativos, lo que puede redundar en el esperado desahogo del orden judicial contencioso-administrativo, con agilidad y economía de costes para las partes y sin lesión de la tutela judicial efectiva, de la legalidad ni de los intereses públicos en juego. Y todo ello sin recurrir a una acrítica importación de las soluciones del *statute law* anglosajón sobre los *A.D.R.*, sino, simplemente, buceando en nuestra tradición jurídica romano-canónica sobre las funciones de “*auctoritas*” para potenciar una ancestral institución europea, como es el *Conseil d’Etat*, que, en la acertada configuración que ha logrado en España, tiene un tan elevado prestigio que ha reverdecido en casi todos los Estatutos de Autonomía en forma de Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ASISTENCIA SANITARIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS¹

JOSEP-ENRIC REBÉS SOLÉ

Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN.- II. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.

A) Un sector singularizado y complejo. B) La salud, objeto de especial protección: entre la esperanza y la frustración. C) La responsabilidad sanitaria como revulsivo doctrinal de la responsabilidad patrimonial. D) Ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial objetiva: 1. Supuestos de no aplicación; 2. Supuestos de aplicación. **F) Elementos distintivos y definitivos en la determinación de la responsabilidad sanitaria por actos de diagnóstico, pronóstico, tratamiento y cuidado. El paciente, la *lex artis*, el consentimiento informado y los protocolos:** 1.El paciente-administrado; 2. La *lex artis*; 3.El consentimiento informado.- **III. LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO CONSULTIVO Y VADEMÉCUM DE RECOMENDACIONES. A) Significado de la intervención. B) Recomendaciones:** 1. A los servicios sanitarios asistenciales; 2. A la Administración sanitaria instructora; 3. Al ciudadano reclamante. **IV. REFLEXIONES ADICIONALES. A) Ventajas e inconvenientes de la intervención de órganos técnicos especializados (la difícil valoración de los hechos y de la prueba). B) Reflexiones sobre la coordinación de criterios entre el Consejo Consultivo y la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior como medio disuasorio de las reclamaciones poco fundadas.**

INTRODUCCIÓN

La experiencia me ha demostrado que los administrados no reclaman por reclamar sino que cuando lo hacen, por regla general, les asiste algún tipo de motivación: sea la falta de información o mejor de comprensión de la actividad médica realizada y de sus posibles riesgos, o a veces el fomento de unas esperanzas luego frustradas, o finalmente, el peor de todos los casos, la prestación de una asistencia en efecto deficiente. Pero, sobre todo, lo que resulta determinante es la falta o la mera sensación de falta de atención y deferencia personal; no hay que olvidar que la persona doliente, es decir paciente, está en la situación más disminuida en que se puede encontrar el administrado. Una palabra de consuelo,

¹ Texto de la conferencia pronunciada el 3 de julio de 2003 en Toledo con motivo de las *Jornadas sobre responsabilidad sanitaria*, organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y la Fundación para la Investigación Sanitaria en Castilla-La Mancha (Fiscam).

afecto o comprensión a tiempo es la mejor forma de disuadir una reclamación. El paciente honesto busca su curación, no la reclamación.

Por esto cuanto mayor relación exista entre paciente y médico mejor, de ahí que no deba extrañar alguna corriente norteamericana, descrita por los antropólogos de la medicina de aquel país, que para lograr aquella finalidad involucre al paciente en el proceso terapéutico a base de interrogarle acerca de qué patología cree que padece.

No obstante, quiero llamar la atención acerca de estas reclamaciones que permanecen, digamos, al “acecho”, y que lejos de desanimar a la Consejería responsable de la materia o a ese Consejo que preceptivamente deberá informarlas, han de servir, si son motivadas, de medio de control de la actividad administrativa y en definitiva de acicate para la mejora de la calidad asistencial que es hoy un objetivo general.

Las reflexiones que someto a su consideración son fruto de la experiencia, ciertamente, ya de muchos años, de examinar muchos expedientes y muchas historias clínicas para depurar responsabilidades en una materia de suyo jurídicamente resbaladiza, en la que dos y dos casi nunca son cuatro. Por consiguiente, me propongo formular algunas reflexiones y de paso hacer hincapié en una serie de aspectos que la práctica, o al menos nuestra práctica, aconseja mejorar o cuando menos prestarles la atención requerida. En algún aspecto se trata de ofrecer una especie de vademécum de la problemática más frecuente.

II. LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

A. Un sector singularizado y complejo

La responsabilidad de la Administración sanitaria ofrece unas características y unas connotaciones tan particulares que la sitúan en una posición muy singularizada. El examen de la responsabilidad en el sector sanitario constituye una especie de banco de pruebas del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es en este sector, el sanitario, donde se dan en toda plenitud los supuestos de responsabilidad objetiva en el sentido más duro de la palabra, y es también aquí donde se detectan muchos supuestos en los que la responsabilidad objetiva no resulta aplicable. Entre estos dos extremos caben todas las matizaciones.

Las dificultades de la responsabilidad en el ámbito sanitario provienen especialmente de la complejidad y extensión de lo que entendemos por servicio público sanitario. Este servicio abarca aspectos que son muy distintos entre sí, como son los estrictamente profesionales de la medicina, y los demás relacionados con el centro, como son los estructurales, los de servicios propiamente dichos o los organizativos. Entre los primeros encontramos cualesquiera de aquellos que son propios del ejercicio de la profesión, ya sean los relacionados con el diagnóstico, el pronóstico, los tratamientos en cualesquiera de sus manifestaciones, las

intervenciones etc.; entre los segundos encontramos los relacionados con aspectos estructurales, como puede ser todo aquello que tenga relación con los quirófanos, con la maquinaria, con los sistemas de agua, de aire acondicionado, calefacción, etc. Los relacionados con los servicios no son tampoco menos importantes, tales son los casos de hospedería o lavandería, entre otros. A ellos hay todavía que añadir otros de singular importancia como son los organizativos; nos referimos a la organización de las guardias, la gestión y seguimiento de las listas de espera, etc.

B. La salud, objeto de especial protección: entre la esperanza y la frustración

Si a estas consideraciones añadimos que nuestro ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución (artículo 43.1), es sumamente proteccionista de la salud, siguiendo por la Ley general de sanidad (artículo 7), continuando por la reciente Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, así como por la normativa de esta Comunidad, de la cual debemos destacar la Ley 24/2002, de 5 de diciembre, de garantías en la atención sanitaria especializada², desarrollada, entre otros por los decretos 8/2003 y 9/2003, ambos de 28 de enero, relativos el primero a la regulación del registro de pacientes en lista de espera, y el segundo a los tiempos máximos de respuesta, prestaciones garantizadas, tarifas y abono por gastos de desplazamiento en atención especializada, llegamos a la conclusión que una atención tan integral comprensiva de tanta promoción, tanta prevención asistencial y rehabilitación es un *desideratum* difícilmente superable.

Si todas estas consideraciones las completamos con la difusión, a mi juicio inmoderada, y casi diaria, de hallazgos médicos que se explican como exitosos para luchar contra enfermedades y el bombardeo constante de la búsqueda de la eterna juventud, nos llevan a la conclusión de que la oferta y la expectativa es tan grande como la frustración que genera. Por ello no son de extrañar voces más autorizadas que la mía de llamada a la prudencia y necesidad de regulación. En este sentido puede citarse –aunque con un alcance concreto– el Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias (publicado en el BOC del pasado día 23 de junio), en cuyo artículo 45 se establece que la publicidad de servicios y prestaciones sanitarias ofrecidas al público deberá respetar rigurosamente la base científica, debiendo ser objetiva, prudente y veraz, “de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados”³.

C. La responsabilidad sanitaria como revulsivo doctrinal de la responsabilidad

Además hay que señalar que la responsabilidad sanitaria ha venido constituyendo desde hace ya algunos años un revulsivo que ha provocado un renova-

² Cuyo anteproyecto fue objeto del Dictamen 87/2002, de 26 de junio, de este Consejo Consultivo.

³ Hoy artículo 44 de la Ley 44/2003, de 4 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

do interés por la responsabilidad. A ello ha contribuido algún pronunciamiento jurisprudencial, la doctrina académica, alguna modificación legislativa⁴ y muy especialmente un gran número de reclamaciones, cuyo incremento tiene causas bien distintas entre las que no me canso de repetir la tendencia generalizada a no aceptar las propias limitaciones, el desarrollo y la tecnificación de la medicina, y también – como hemos visto - la existencia de una normativa que ha elevado muy mucho las expectativas en orden a la protección de la salud.

Este es el panorama marco en el que se desenvuelven las reclamaciones patrimoniales en materia de sanidad. En definitiva, estamos ante un servicio de contornos no siempre precisos, en el cual se produce de manera simultánea o sucesiva un conjunto de actividades de distinta naturaleza, en las que el riesgo frecuentemente es tributario de la situación clínica del paciente, lo que desplaza la antijuridicidad de la lesión, anula el nexo causal o existiendo éste el daño no es imputable a la Administración. Aquí ya se hace evidente que tanto la *lex artis* como el consentimiento informado pueden cobrar un protagonismo relevante. Naturalmente todo esto requiere matices.

D. Ámbito de aplicación de la responsabilidad patrimonial objetiva.

Nuestra tradición jurídica administrativa ha venido calificando, sin fisuras, a la responsabilidad patrimonial de la Administración como de responsabilidad objetiva de aplicación uniforme y general. En ello han coincidido tanto el ordenamiento como la doctrina jurisprudencial, sea la legal como también la doctrinal. Su lugar de arranque es conocido por todos: La normativa de expropiación forzosa completada por la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado. Este punto de partida que ha merecido unánime consenso, ofrece -a mi entender, y según vengo apuntando hace años- algunas grietas. Es decir, supuestos no menores en que aquellas características no se dan con la claridad pretendida, o simplemente no se pueden dar.

En efecto, la Constitución consagra, como también es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración en su artículo 106, en parecidos términos a como lo había hecho el legislador anterior, pero también es cierto que de la lectura de dicho precepto no se desprende necesaria ni exclusivamente que la responsabilidad deba ser de carácter objetivo. Siempre he tenido la impresión que todos, a la vista de este artículo de la Constitución, nos hemos dejado llevar por la inercia de la configuración tradicional de la responsabilidad patrimonial objetiva sin parar mientes en que la responsabilidad de previsión constitucional podía tener una interpretación distinta. No obstante, hay que reconocer que, efectivamente, el legislador ordinario que desarrolla aquel precepto ha configurado la responsabilidad como objetiva; por consiguiente, en este momento, no hemos de prestar a esta cuestión mayor atención.

⁴ Me refiero particularmente al artículo 141.1. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común.

Otro aspecto que hay que señalar, y que ahora sí que interesa, es que la responsabilidad patrimonial objetiva se diseña también como un instituto de aplicación general, o sea unitario, para todos los servicios públicos, cuando en realidad esto no puede ser exactamente así ya que con frecuencia en muchos supuestos en el ámbito sanitario no es de aplicación, y en otros se requiere la introducción de matices, a veces tantos, que se desnaturaliza su pretendido carácter objetivo.

Supuestos en los que la responsabilidad objetiva no es de aplicación

En general en los actos típicamente médicos, en cualquiera de sus manifestaciones, ya sean invasivos, clínicos o quirúrgicos, la responsabilidad no puede ser objetiva, pues la medicina -a pesar de todos los adelantos- no puede garantizar los resultados que se persiguen, ni la Administración sanitaria puede responder por el funcionamiento normal de los servicios típicamente médicos cuando el paciente -sujeto de la relación- está sometido a las reglas del deterioro y extinción propios del mundo animal. De ahí que la formulación originaria haya sido la de afirmar que la obligación del médico no es la de la recuperación del paciente, sino la de proporcionarle los medios necesarios para el intento de su consecución.

Este planteamiento conduce a que la interpretación de la garantía de medios se haga con el mayor rigor posible; por otra parte, podría pensarse que en esos medios sí que es posible aplicar la responsabilidad objetiva ya que en muchos casos se trata de medios meramente instrumentales que están sometidos a resultados específicos. Así, para la realización de diagnósticos y tratamientos, se requieren determinadas pruebas que comportan la obtención de resultados concretos, otra cosa es su interpretación. Los supuestos de realización de pruebas analíticas, pruebas de radiodiagnóstico, etc., son un ejemplo de lo que comentamos. Por consiguiente, en la tarea de la realización de dichas pruebas parece que podría aplicarse la responsabilidad objetiva como acabamos de decir. No obstante, tampoco en estos casos es fácil la aplicación de la responsabilidad objetiva, ya que por poco que se reflexione se observará que estamos ante situaciones que se pueden reconducir al error (el análisis que da unos resultados equivocados, bien por culpa de los utillajes, bien de las personas) o a una interpretación de dichos resultados que no es la correcta de acuerdo con los protocolos de aplicación, supuesto que a su vez debe ser reconducido al error, a una actuación inadecuada o, peor todavía, negligente. La conclusión es clara: en cualesquiera de tales casos estaríamos en presencia de un funcionamiento anormal del servicio, diluyéndose así la responsabilidad objetiva.

Se podría sostener que aunque, efectivamente, en medicina, en principio, no se pueden asegurar resultados absolutos, también es cierto que hay otros servicios, que nada tienen que ver con la medicina, en los que tampoco se pueden asegurar siempre a pesar de que en principio se aplica la responsabilidad objetiva. Por ejemplo, ¿qué diferencia hay entre la aplicación correcta de una técnica diagnóstica o una terapéutica protocolizada por la comunidad científica, que no consiguen la identificación de la enfermedad o no producen en un caso concreto

los efectos esperados, y la caída de una piedra en una carretera en la que se han realizado todas las actuaciones técnicas preventivas para evitar precisamente esta eventualidad? Prescindiendo de la polémica que puede generar este supuesto, en atención a las distintas interpretaciones que puedan derivarse de la inmediatez, la inspección y vigilancia de la carretera o el conocimiento de tal eventualidad, lo cierto es que la diferencia está en que mientras los supuestos asistenciales de nuestro ordenamiento garantizan la protección de la salud, pero no la salud misma, en el segundo caso lo que se garantiza no es solo la protección de la vialidad sino la vialidad misma, motivo por el cual la responsabilidad objetiva es en principio de aplicación.

2. Supuestos en los que la responsabilidad objetiva es aplicable

Hasta aquí podría pensarse que la responsabilidad objetiva, por regla general, no es de aplicación en el ámbito sanitario, pero ello tampoco es así. Haciendo un esfuerzo de síntesis podríamos decir que la responsabilidad objetiva es predicable de todas aquellas situaciones dañosas que se derivan de aspectos estructurales que van desde un quirófano a un ascensor. Como también las que se derivan de prestaciones de servicios (en el sentido antes indicado). Mayor complejidad se presenta en el ámbito organizativo.

La producción de una infección en un quirófano, aunque éste haya sido objeto de todas las revisiones y todos los controles, a mi entender, da lugar a la responsabilidad objetiva. El supuesto de la infección por *aspergillus* (con resultado de muerte) adquirida en un quirófano no tiene justificación alguna, ni es causa de exoneración el que se hayan realizado todos aquellos controles; otro supuesto claro lo constituye el caso del joven que es intervenido de una pierna fracturada con herida cerrada, que adquiere una infección por *clostridium* que termina con la amputación de la pierna. En este supuesto desde un punto de vista médico se objetaría que el agente patógeno no estaba en el hospital sino que fue transportado por el paciente. Por poco que se reflexione se verá que a los efectos de determinación de la responsabilidad esta circunstancia es indiferente.

Otro ejemplo bien distinto, pero ilustrativo de que las consecuencias jurídicas son idénticas, es el caso del desprendimiento de un ascensor (con resultado de daño) de un centro hospitalario. Aquí la responsabilidad objetiva se produce aunque el ascensor haya sido objeto de todas las homologaciones y controles que la normativa exige. Son situaciones que desde el punto de vista del derecho administrativo debemos de calificar de casos fortuitos.

F. Elementos distintivos y definitivos en la determinación de la responsabilidad sanitaria por actos de diagnóstico, pronóstico, tratamiento, cuidado y convalecencia. El paciente, la *lex artis*, el consentimiento informado y los protocolos

De cuanto hemos venido exponiendo se desprende con claridad que la responsabilidad sanitaria tiene unas características singulares por razón del obje-

to y de los sujetos. De ahí que se haga necesario prestar alguna atención al paciente, y también a la *lex artis* y al consentimiento informado, aunque sea muy de pasada, ya que los organizadores de esta Jornada han tenido el acierto de prever unas ponencias sobre estas materias.

1. El paciente-administrado

No dudo que llegará un día en que la medicina habrá adelantado tanto y el conocimiento del ser humano desde un punto de vista genético, bioquímico, clínico e incluso de comportamientos será de tal precisión que el paciente, aún cuando seguirá siendo una variable, lo será de variaciones conocidas y comportamientos posiblemente predecibles, de forma y manera que lo que hoy pueda parecer un ejercicio de ciencia ficción sea simplemente una realidad ordinaria. Hacer con precisión, facilidad y rapidez un diagnóstico, determinar con exactitud las pautas del tratamiento a seguir y conocer de antemano todas las posibles reacciones del paciente hasta inclusive pronosticar el momento de la muerte, honestamente, creo que será posible.

Pero, hoy por hoy, por suerte o no, no nos hallamos ante ese panorama, de modo que el paciente en muchos aspectos sigue siendo una incógnita. Pacientes con una clínica aparentemente igual reaccionan de forma distinta ante una idéntica terapéutica.

Si esto es así, quiere decirse que para depurar responsabilidades sanitarias en los supuestos en los que el paciente ha sido objeto de alguna actuación médica con resultados no esperados o no deseados, habrá que tener presente la situación del paciente, es decir el riesgo que éste haya podido generar. Unos ejemplos aclaran la cuestión. La misma intervención quirúrgica, en circunstancias normales, practicada en una persona de 30 años o en otra de 75, sin que ninguno de ellos tenga ninguna patología de base, todos vemos que es lo mismo pero no es igual. ¿Por qué? Simplemente porque a más edad mayor riesgo. Y, ¿quién introduce el riesgo? No hay duda, en ese caso el paciente. Los daños que se deriven de tal actuación siempre que ésta haya sido adecuada, es decir conforme a la *lex artis*, no pueden ser imputados a la Administración, y siempre que el paciente haya prestado el necesario consentimiento informado. Y para seguir con el mismo caso, si durante la misma intervención el cirujano prueba una nueva técnica, que ofrece ventajas pero incrementa el riesgo, de la cual no ha informado al paciente, aquí quien genera el riesgo es el cirujano. Por consiguiente, si falta el consentimiento de asunción del riesgo, el daño sería imputable a la Administración.

Permítanme otros ejemplos no por frecuentes más fáciles. ¿Qué papel juega el paciente en los supuestos de las llamadas infecciones nosocomiales y qué criterios hay que adoptar? A mí entender la situación del paciente es muy relevante y con frecuencia determinante. Soy consciente de que abro una problemática de difícil fin, por eso voy a ceñirme sólo a algún supuesto más singular. Los ejemplos saltan a la vista. El paciente cardiópata que muere como

consecuencia de una infección por *aspergillus* adquirida en el quirófano y muere; el paciente que en buen estado de salud también fallece como consecuencia de una infección generalizada causada por una inyección de calman-te; la persona que se opera de juanetes (*Hallux Valgus*) y sin ningún otro problema adquiere en el hospital una infección por *clostridium* que obliga a amputarle el pie; o los casos de muertes producidas en unidades de cuidados intensivos por causas adquiridas y distintas de la patología de base motivo del ingreso, etc.

En todos estos casos la situación por razón de responsabilidad es distinta. Así, mientras en los tres primeros supuestos habría responsabilidad que podemos calificar de objetiva, no sucedería lo mismo en el último caso. A mi entender el elemento diferenciador entre los primeros supuestos y el último está en la situación clínica del paciente, es decir, en su estado de salud. Así, en los casos en que el paciente se encuentra con el sistema de defensas deteriorado, o sea inmunodeprimido, las consecuencias no pueden ser las mismas que las del paciente que goza de una buena respuesta inmunitaria.

La situación requiere más matizaciones, pues como se verá la solución teórica tiene una difícil traslación práctica. Nuestro punto de vista sería el de sostener que no hay responsabilidad patrimonial en aquellos casos de pacientes con deficiencias inmunitarias que padecen infecciones nosocomiales, siempre que la actuación asistencial haya sido la adecuada a su caso, o sea de escrupuloso cumplimiento de los protocolos y estándares del servicio. Pero esta solución plantea a su vez otras cuestiones que requieren solución previa: así es necesario que el paciente haya sido objeto de calificación y clasificación por razón del riesgo que reviste su estado de salud basal, que es tanto como predeterminar la naturaleza y la intensidad de los cuidados que requiere; el paciente, conocedor de su situación, prestará su consentimiento informado respecto de los riesgos adicionales que puedan derivarse de su estado, pero no de otros.

Llegados a este punto, y para estos casos, habría de preguntarse si sería de aplicación la nueva redacción del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 para declarar la no existencia de responsabilidad. Nos estamos refiriendo a los casos en que no se hubiesen podido prever o evitar las infecciones según el estado de la ciencia o de la técnica. La respuesta es afirmativa si, efectivamente, las infecciones no se hubiesen podido prever o evitar en las condiciones antedichas (estamos pensando en infecciones nuevas como en su momento fueron el VIH, VHC y hoy pudiera ser el virus de la SARS⁵ neumonía atípica asiática, aunque con reservas); pero es negativa para los demás supuestos. Por consiguiente, esta excepción (prescindiendo de cómo deba calificarse jurídicamente, fuerza mayor, causa de exclusión, etc...) no es de aplicación a las infecciones cuya previsión o evitabilidad son conocidas, por ejemplo los efectos

⁵ *Severe acute respiratory syndrome*. Nuevo virus que ha dado lugar a una epidemia en China. MANUEL CORACHÁN, "Preguntas y respuestas sobre este nuevo síndrome", La Vanguardia, 6 de marzo de 2003.

graves y contrarios que pretenden se eviten con la administración de algunas vacunas.

Esta última referencia nos lleva a tres consideraciones más: una, que naturalmente se habrá de probar que la actuación de los servicios sanitarios ha sido la adecuada o, en su caso, de que estamos ante un supuesto imprevisible o inevitable; dos, que se ha dado cumplimiento a los estándares y protocolos; y tres, que la carga de prueba corresponde a la Administración, prueba completa que no será fácil, ya que los protocolos, si bien son muy complejos, contienen aspectos muy elementales como son el lavado de manos y exigencias similares, pero que en la práctica dejan mucho que desear. Alguien y con razón podría argumentar que si tan sencillas y elementales son las reglas de la asepsia, debería invertirse el planteamiento, en el sentido de que si se produce alguna infección que no guarda relación directa con la enfermedad de base, debiera presumirse que la responsabilidad es de la Administración. De acuerdo, pero el problema radica en que los expertos sostienen que una asepsia universal si bien reduciría mucho la prevalencia de las infecciones no la haría desaparecer en su totalidad. Este es el motivo por el cual adopto una posición menos drástica.

Dentro del protagonismo del paciente en materia de distribución de responsabilidades hay que señalar la obligación que tiene en orden al cumplimiento de las prescripciones formuladas por el profesional sanitario. Hace ya varios años, tuve la oportunidad de señalar que la conducta del particular no puede ser sanitariamente negligente, pues el paciente debe respetar el cumplimiento de las prescripciones médicas (pautas de comportamiento, administración de fármacos, autocontroles periódicos personales, precauciones, etc) si no quiere comprometer el resultado de la acción médica. En definitiva, la Administración sanitaria no puede suplir las obligaciones personalísimas de los particulares en orden al cuidado de su salud.⁶

La *lex artis*

No voy a entrar en el desarrollo de este importante aspecto puesto que es objeto de una ponencia específica. No obstante, sí que me permito plantear algunas cuestiones: la *lex artis* ¿es una exigencia de mínimos, de máximos o de mera normalidad? ¿No debiera ser de máximos? Atendido, que, por una parte, la garantía de la intervención del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, y por otra, que la Ley general de sanidad, en su artículo 46, predica del Sistema Nacional de Salud que debe procurar “altos niveles de calidad”, y el Real decreto 1259/1999, de 16 de junio, regulador de las cartas de servicios al referirse al derecho de los administrados, establece el de recibir los servicios públicos con “la mayor calidad”⁷- y la Ley de cohesión y calidad del Sistema

⁶ Dictamen 42/95 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña; y en parecido sentido el Dictamen 106/97 del mismo órgano.

⁷ Exposición de motivos.

Nacional de Salud insiste sobre los mismos conceptos (Exposición de motivos y los artículos 2 y 59, entre otros) ¿No quiere decir esto que hay que poner al alcance del paciente todos los medios posibles? Pero, ¿qué son todos los medios posibles? ¿Son los mejores? Son los inmejorables? Si es así, ¿respecto de qué y de donde? Cuestiones que la Comisión Jurídica Asesora se ha planteado y sobre las cuales ha formado su criterio.⁸

El consentimiento informado

En la práctica la invocación de las deficiencias relacionadas con el consentimiento informado se ha transformado en una especie de cláusula de estilo, por su repetición. No obstante, su invocación no es tanto por razón de su inexistencia cuanto por su insuficiencia. La solución no es fácil puesto que las historias clínicas no siempre dan cumplida información para dar respuesta a esta cuestión. Salvo los supuestos en los que hay base para entender que efectivamente falló la información, con frecuencia este tipo de argumentos suelen obedecer a razones adventicias y de oportunidad.

En cualquier caso, si me lo permiten, también quiero apuntar alguna cuestión, aunque a buen seguro será objeto de exposición. Me refiero a cuál deba ser el contenido de la información que debe recibir el paciente. La normativa catalana dice que el paciente tiene derecho a conocer “toda” información, y la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, mantiene el mismo criterio (artículo 4), a pesar del criterio más flexible del Convenio de los Derechos del Hombre y la Biomedicina (Convenio de Oviedo). Es una especie de hipertrofia informativa, que entiendo que debe ser administrada con precaución ya que la información no es para afligir sino para decidir.

Un aspecto importante del contenido de la información son los riesgos de los que hay que dar noticia. A mi entender creo que los riesgos típicos genéricos deben informarse siempre; los típicos específicos, es decir, aquellos previsibles en función de la susceptibilidad del paciente, también; igualmente hay que informar de aquellos otros que sin ser típicos ni frecuentes pueden ser graves.

Una observación final sobre este aspecto. La falta o deficiencia del consentimiento informado sólo resulta relevante en materia de responsabilidad si hay daño que hubiera podido evitarse aunque se produjera otro distinto, o se haya limitado la posibilidad de elección. Por consiguiente la mera falta del consentimiento informado no da lugar a responsabilidad resarcitoria.

⁸ Dictamen 184/1994.

⁹ Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. En particular su artículo 2.

III. LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO CONSULTIVO Y VADEMÉCUM DE RECOMENDACIONES

A) Significado de la intervención

Llegado a este punto se hace necesario añadir el particular significado de la intervención de los órganos consultivos. En alguna otra ocasión he hablado de ello en extenso, y ahora no me resisto reiterarlo aunque con brevedad. Y ello por dos razones, primera por convicción y segunda porque, en definitiva, ese Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es con lo que se va a encontrar a partir de ahora.

Permítanme que exteriorice un sentimiento personal: siento por el administrado no sólo el natural respeto que se debe al semejante por razones humanas o exigencias jurídicas, sino porque me produce –aunque les pueda parecer quizás ridículo– una especie de entrañable ternura, que se incrementa cuando enferma. El administrado lo soporta todo y con un estoicismo digno de admiración. Con frecuencia, pero no en broma, postulo un monumento al administrado. Si el Ángel caído, víctima de su rebeldía, tiene su recuerdo pétreo no lo va a tener el administrado que es ejemplo de docilidad!

Así pues, no es de extrañar que insista en que el Consejo debe velar por los derechos de una justa reparación de quién no debió ser dañado, controlando, a su vez, la bondad del procedimiento, y de manera indirecta velando por la eficacia de la Administración, promoviendo la corrección del funcionamiento del servicio si es del caso, y, proponiendo, al fin, fórmulas indemnizatorias que en los supuestos de menores o incapaces queden económicamente más protegidos¹⁰. En definitiva, se trata de reforzar una función de garantía.

El Consejo, fruto del traspaso de funciones y servicios¹¹ a la Comunidad en materia sanitaria, aumentará su carga de trabajo, pues las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se verán incrementadas por las que tengan su origen en los servicios sanitarios. Por lo que he podido comprobar, para el año 2002 y para este Consejo, el porcentaje de dictámenes de responsabilidad sobre la totalidad de los dictámenes emitidos representa casi el 41%,¹² lo cual quiere decir que

¹⁰ En el supuesto de una gestante de 35 años que no se sometió a los medios de diagnóstico existentes, lo que le impidió conocer la posible alteración del feto, ni fue informada de tal posibilidad, lo que a su vez le impidió que tomara una decisión sobre la interrupción del embarazo, se estableció una renta vitalicia con un capital de 40 millones de pesetas a favor de un menor y 10 millones a favor de los padres en concepto de daño moral (Dictamen 2/99). En otro caso se estableció una indemnización de 631.000 euros, recomendándose a la Administración que “se tuviera presente el interés prevalente de la menor, como podía ser depositando una parte de la cuantía hasta su mayoría de edad”. En este caso hay que señalar que de acuerdo con la norma es necesario el consentimiento de los padres (Dictamen 418/01).

¹¹ Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud a la Comunidad de Castilla-La Mancha.

¹² Cifra que no es muy alta si se tiene en cuenta que en otras comunidades con una población entre 1.690.000 (Canarias) y 1.200.000 habitantes (Murcia) los porcentajes son, respectivamente, del 59,30 % y del 66,40 %.

a esta cifra habrá que añadir, si se establece una comparación con situaciones algo parecidas, un porcentaje orientativo que probablemente oscilará entre el 10% y el 20% o más. Este porcentaje ha sido calculado teniendo en cuenta los supuestos de Canarias y Murcia, por una cierta similitud demográfica.

En general, las reclamaciones sanitarias representan porcentajes significativos. Así, para el caso de la Comisión Jurídica Asesora y para el período 1998-2002, puede situarse en el 15% del total de los dictámenes que se han emitido.

Y, para quienes se hallen más interesados acerca de los motivos de las reclamaciones sanitarias, puedo informarles de que para el caso de Catalunya, que no creo que sea muy distinto del de Castilla-La Mancha, existen los siguientes porcentajes¹³:

Secuelas de intervenciones, el 54,5 %
Infecciones, el 17,39 %
Consentimiento informado, el 10,07 %
Error en el diagnóstico, el 10 %
Retraso en el diagnóstico, el 8,89 %

B. Vademécum de recomendaciones

Sin ningún afán pretencioso permítanme que añada de forma telegráfica una serie de consideraciones tan sencillas como útiles.

A los servicios sanitarios asistenciales:

A) Los médicos deben escribir más y mejor. **B)** Los servicios origen del daño y los servicios en donde se manifiesta el daño deben emitir un informe que no puede sustituirse por un informe de la dirección o gerencia del centro asistencial. **C)** Igualmente los informes de asistencia y los informes de intervención deben ser suficientemente explícitos. **D)** Las historias clínicas deben ser completas y ordenadas. La mejor garantía y la mejor defensa de los servicios médicos y asistenciales es una buena historia clínica. **E)** Los servicios médicos deben liberarse de la angustia que les provoca la actuación o información con relevancia jurídica, ya que la declaración de responsabilidad patrimonial sólo produce efectos económicos para la Administración, salvo los casos de actuaciones negligentes que permiten la acción de regreso al médico-funcionario. Y no es ocioso recordarles que las acciones penales no prosperan salvo casos de negligencia punible, lo cual es muy poco frecuente.

A la Administración sanitaria instructora:

A) Respecto del ejercicio de la acción: aplicar el principio *pro actione*, reservando las declaraciones de prescripción solo para casos muy patentes. **B)** Ha

¹³ Los cálculos comprenden el período 1998-2002 (hasta el mes de julio) y se efectúan sobre un total de 506 reclamaciones sanitarias.

de velar por el riguroso cumplimiento del procedimiento, en particular facilitando la práctica de la prueba, recordando que su denegación exige suficiente motivación. **C)** Resulta indispensable que la Administración cuente con la existencia de informes de contraste que no sean elaborados por la propia Administración. **D)** Aun cuando la propuesta de la Administración sea desestimatoria hay que hacer la valoración, pues constituye un elemento de contraste y reflexión para el supuesto de que el Consejo Consultivo estimase la existencia de responsabilidad. **F)** Las propuestas de terminaciones convencionales ni liberan ni vinculan el criterio del Consejo Consultivo. De forma y manera que el órgano consultivo dará su libre parecer. No obstante, si la discrepancia se produjere solo en la cuantía, por ser menor la del Consejo respecto de la ofrecida por la Administración, éste salvará su posición admitiendo, que efectivamente, la Administración puede ofrecer una cuantía superior teniendo en cuenta otros intereses que no aparecen en el expediente o que apareciendo no pueden ser objeto de valoración por el Consejo, con lo cual se evita cualquier pronunciamiento de oportunidad. **G)** Respecto de la fijación de las cuantías. No es un tema fácil y con frecuencia se sustituye el subjetivismo del reclamante por el del órgano. Por ello resulta aconsejable ponderar todas las circunstancias en juego y tener presentes, aunque sea orientativamente, los baremos, sin necesidad de ofrecer el detalle de los cálculos, y las cuantías declaradas por casos similares por los tribunales. **H)** Finalmente, si el perjudicado es un menor o un incapaz, hay que proponer fórmulas indemnizatorias que protejan sus derechos de la mejor manera posible.

Al reclamante:

A) Debe tener presente que nuestro sistema Nacional de Salud ofrece en todas las Comunidades Autónomas unos servicios de una semejante alta calidad. **B)** Que si bien sería deseable que la eficacia y la simpatía fueran de la mano, esto no siempre es posible. **C)** Que la Administración no es responsable de todos los resultados no esperados. **F)** Que aun en los supuestos en los hay base para reclamar, la petición de cuantías desproporcionadas, pensando que así hay más “margen”, constituye un error, pues puede predisponer al lector a distanciarse de la pretensión.

IV. REFLEXIONES ADICIONALES

A. Ventajas e inconvenientes de la intervención de órganos técnicos especializados (la difícil valoración de los hechos y de la prueba)

En la depuración de la responsabilidad, como en casi todo, la prueba tiene un protagonismo decisivo, lo que justifica el acierto de haber previsto también una ponencia sobre este extremo. En el caso de la responsabilidad sanitaria el problema se complica por la complejidad de la materia, por su carácter eminentemente técnico, que además no siempre está sometido a reglas consensuadas universalmente.

Aun cuando la medicina y el derecho pueden tener más puntos de relación de los que pudiera pensarse, lo cierto es que para valorar lo que ha sucedido

e incluso a veces hasta para comprender lo que ha pasado se hace muy conveniente por no decir indispensable la intervención de algún especialista que de forma personal o colegiada exponga su punto de vista y así ilustre al Consejo Consultivo para adoptar su criterio. El criterio de este especialista será tanto más útil cuanto más independiente sea y cuanto más distanciado se encuentre de los servicios médicos presuntamente productores del daño, así como de los informes médicos que el particular haya podido aportar.

Esta ayuda técnica no solo es informativa sino también valorativa acerca de los hechos, de las actuaciones técnicas efectuadas. En definitiva es objeto de valoración el respeto de la *lex artis* y de la calidad de los servicios prestados. Sólo así el órgano consultivo estará en condiciones de pronunciarse sobre la declaración de la existencia o no de responsabilidad patrimonial.

Para resolver esta cuestión central algunas comunidades han creado un órgano especializado o han atribuido esta función a algún órgano ya existente. Tal ha sido en Catalunya el del Centro de Reconocimiento y Evaluación Médicos, integrado por médicos inspectores cuya intervención en esta materia es preceptiva y tiene por finalidad valorar la actuación de la Administración sanitaria.

Aún cuando su criterio suele resultar de gran ayuda, ello no me ha impedido manifestar mis reservas respecto de su actuación, ya que al tratarse de un órgano dependiente de la propia Administración sanitaria su tendencia es la de procurar justificar las actuaciones de la dicha Administración. Por ello he venido postulando la creación de un órgano independiente con miembros de distinta procedencia que emitieran su juicio sin vinculación predeterminada. Esta necesidad tuvo cierta respuesta mediante la creación, a finales del año pasado, del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas¹⁴. En cualquier caso les puedo adelantar que se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia y plena autonomía administrativa y financiera, cuya finalidad, entre otras, será la de la verificación de las actuaciones sanitarias de cobertura pública y el informe preceptivo en materia de responsabilidad. Su intervención en los términos previstos habrá de superar las reservas formuladas al organismo al que sustituirá.

A falta de otros organismos especializados, las academias de medicina pueden realizar esta función con garantía de objetividad e independencia, al igual que las universidades.

B. Reflexiones sobre la coordinación de criterios entre el Consejo Consultivo y la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior como medio disuasorio de las reclamaciones poco fundadas

Tal vez pueda sorprender unas reflexiones sobre una materia como la que sirve de título a este apartado. No obstante, por poco que se profundice, se

¹⁴ Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (artículo 41 y siguientes).

observará inmediatamente que no se trata de ningún sistema para laminar los derechos del administrado, ni de interferir en la actividad jurisdiccional, ni menos todavía de establecer una especie de tácito y espúreo acuerdo entre el poder ejecutivo y el poder judicial, sino simplemente de aunar esfuerzos, coordinar criterios y así, posiblemente, evitar la proliferación de recursos en vía contenciosa.

Para que ello sea posible es indispensable que el Consejo vele escrupulosamente por los derechos del reclamante, por la observancia del procedimiento y, en particular, que se haya facilitado la práctica de la prueba, estableciéndose, cuando haya responsabilidad, una cuantía indemnizatoria acorde con la que señalarían los tribunales.

Cuando menos veo dos vías que pueden coadyuvar a la finalidad descrita. Una, la posibilidad que ofrece el artículo 77.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que permite al magistrado someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia; y otra, el mantenimiento de una relación fluida entre el Consejo y la Sala de lo Contencioso. Cuya institucionalización con seguridad habría de producir beneficios para todos.

Dictámenes

CONSELL CONSULTIU DE LES ILLES BALEARS

Dictamen 1/2003, de 21 de enero.

Solicitud de segregación de parte del término municipal de Mercadal para constituir el municipio de Fornells

“...La Jurisprudencia elaborada en torno a la materia objeto del presente dictamen (alteración de términos municipales por segregación, fusión, etc.) se apunta, con restricciones encaminadas a evitar la arbitrariedad, como luego se verá, a la tesis de discrecionalidad de la Administración investida del poder decisorio en dicho orden de cosas.

Cabe citar al respecto la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 (Aranzadi 8.842), que autoriza “al titular de la potestad” susodicha la “opción entre soluciones equivalentes, desde la perspectiva de su legalidad, en función de la oportunidad o de la conveniencia respecto del bien común o del interés general” advirtiéndole que “tal holgura de movimientos no puede conducir nunca a la arbitrariedad y encuentra su límite en los elementos reglados del acto que han de ser respetados”; la de 22 de enero de 2001 (Aranzadi 1.582), que enseña que “la decisión final debe implicar un margen de discrecionalidad que permita valorar otros aspectos por parte del órgano que tiene atribuida la competencia” pero que ello “no ha de suponer arbitrariedad”; y la de 5 de octubre de 2000 (Aranzadi 8.156) que tras afirmar “la función revisora propia de la jurisdicción contencioso-administrativa” que permite a sus Tribunales examinar “la legalidad de un acto

administrativo de segregación de parte de un término municipal para convertirlo en municipio independiente”, reconoce que “se trata de un acto discrecional propio de la Generalidad Valenciana, discrecionalidad que exige que todos los elementos reglados sean respetados”.

Pero tal vez es en la sentencia de la expresada Sala de 10 de junio de 1999 (Aranzadi 4.333) donde se encuentra la huella más marcada de la doctrina reflejada en el párrafo anterior. Vale la pena dejar aquí constancia de los términos empleados por el Tribunal en dicha resolución. Los siguientes:

“La expresión “notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa” que el artículo 5º (Texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local de 18 de abril de 1986) utiliza, constituye un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación al caso debe hacerla la Administración mediante una razonada concreción de los elementos de hecho en virtud de los cuales la potestad puede ser ejercitada. La indeterminación del concepto no excluye la obligada concurrencia del presupuesto habilitante ni permite que la Administración actúe sin que éste se produzca. En presen-

cia de estos conceptos se ha de ser mucho más exigente en el requisito de motivación del acto administrativo, debiendo quedar clara cual es la finalidad perseguida con él y que la misma potencialmente puede lograrse mediante los mecanismos puestos en movimiento sin necesidad de acudir a otros menos favorables. Este rigor debe acentuarse en el ejercicio de aquellas potestades que suponen restricción de derechos e intereses de personas o entidades en beneficio de otras. En relación con la segregación de municipios, atendiendo precisamente a esta relación inversamente proporcional de beneficio y perjuicio entre los entes enfrentados, puede decirse, con la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 1989 (Aranzadi 9403) que la actuación no puede ser una cosa caprichosa o arbitraria, sino que tiene que hallarse plenamente justificada y reducirse a lo imprescindible dentro de un lógico desenvolvimiento de las circunstancias cuando tal segregación no es producto de un concierto de voluntades de los dos Ayuntamientos interesados. Pero es que, además, la idea de conveniencia no debe ser aislada de un contexto general y referida solo al municipio que va a experimentar el aumento de superficie, pues en ese caso lo normal es que siempre se produzca para él. La conveniencia, por eso, ha de ser para el interés común y no responder a un criterio exclusivamente de expansión cuando las finalidades que se persiguen pueden ser satisfechas en el propio territorio del municipio que pretenden la anexión”.

Antes de dictarse la sentencia que acaba de reseñarse se había pronuncia-

do mediante otra, fechada el 16 de enero de 1998 (Aranzadi 302), la expresada Sala Tercera del Tribunal Supremo en el sentido de que “la concurrencia de esos elementos reglados es un requisito o presupuesto necesario, pero no suficiente para la creación, decisión que discrecionalmente adoptará el órgano competente ponderando la primacía del interés autonómico... pero debemos añadir que el ejercicio de la potestad discrecional debe serlo respetando y defendiendo los intereses generales de ordenación territorial; y la Jurisdicción debe evitar con sus resoluciones, en su caso, la arbitrariedad”.

Tercera

Ahora bien, dichos factores de oportunidad y conveniencia, en aras del interés general, que lucen en la doctrina jurisprudencial para abrir puertas a la discrecionalidad en el ejercicio de potestades decisorias, en la materia objeto de consulta, son elementos de juicio que el Consejo de Estado, en su alta función de asesoramiento jurídico del Gobierno de la Nación, puede ponderar en sus dictámenes, de conformidad con el art. 2º de su Ley Orgánica, de 22 de abril de 1980, que dice lo siguiente:

“En el ejercicio de la función consultiva el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad o conveniencia cuando lo exija la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines”.

Pero esta generosa eventualidad permisiva de formación de criterio respecto a

los susodichos factores de oportunidad y conveniencia en la tarea dictaminante del Consejo de Estado es virtud de la que, por lo general, carece el Consell Consultiu de les Illes Balears al intervenir en casos de alto asesoramiento análogos a los propios de dicho Consejo de Estado.

En efecto, el precepto equivalente al de la Ley Orgánica antes transcrito estriba, dentro del ordenamiento jurídico de nuestra Comunidad Autónoma, en el apartado segundo del art. 3 de la Ley rectora del Consell Consultiu, de 15 de junio de 1993, modificado por la de 31 de mayo de 2000, que dice así:

“Els dictàmens del Consell Consultiu no seran vinculants, llevat dels casos en que legalment s'estableixi, i es fonamentaran en l'ordenament jurídic. Únicament podran contenir valoracions d'oportunitat o de conveniència quan així ho sol·liciti expressament l'autoritat que formulí la consulta”.

He aquí, pues, una gran diferencia entre el posicionamiento del Consejo de Estado en el instante de formular dictámenes respecto a expedientes de alteración de términos municipales, y el autorizado al Consell Consultiu de les Illes Balears en orden a dicha tarea, puesto que la toma de razón de factores de oportunidad o conveniencia que aquel puede hacer para exponer sus puntos de vista, es actividad que le está vedada a éste al faltar en la solicitud de dictamen encargo expreso de que en el que se emita no tan sólo se tenga en cuenta la integridad del Ordenamiento jurídico aplicable sino que, además, se exponga parecer en punto a la “oportunidad o conveniencia” de la segregación del término municipal de Merca-

dal, pretendida por la Plataforma de Fornells iniciadora de las actuaciones.

El matiz es ciertamente importante a la vista de la jurisprudencia a la que se ha pasado revista, aleccionadora de que, con independencia del orden jurídico que corresponde a las actividades administrativas enmarcadas en la potestad reglada, tienen la cualidad de elementos trascendentes en la materia los denominados factores de oportunidad y conveniencia consustanciales con la doctrina que tolera la pervivencia en supuestos concretos, no tachables de arbitrariedad, de la antigua potestad discrecional de las Administraciones Públicas.

Cuarta

Las cautelas con que, naturalmente, ha de moverse el Consell Consultiu en atención a lo expuesto hasta aquí, no han de reputarse causas obstativas a la formulación de las siguientes puntualizaciones:

1. El acogimiento de opiniones en punto a criterios culturales, geográficos, históricos, etc. es aspecto de información y conocimiento que queda fuera del ámbito de ejercicio de la potestad reglada al que, en razón de lo explicado, precedentemente, ha de ceñirse el Consell Consultiu (vid. la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2000, anteriormente invocada).

2. “El único elemento reglado necesario a observar en el caso de segregación de un territorio para constituir otro municipio independiente” estriba en la justificación de que dicho municipio resultante “cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de las

competencias municipales y no suponga disminución de la calidad de los servicios que venían siendo prestados” (la sentencia citada en el párrafo anterior amén de la de 22 de enero de 2001, igualmente anotada en la Consideración jurídica Segunda).

3. “No podrá segregarse parte de un municipio si con ello se privan a éste de las condiciones previstas en el art. 13.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.2 del Reglamento de Población que establece que será necesario que los nuevos municipios reúnan las condiciones previstas en el art. 3 y que los municipios que se segreguen no queden privados de dichas condiciones” (Vid. la repetida sentencia de 5 de octubre de 2000, mencionada en la Consideración Jurídica Segunda).

4. En el informe de la Presidencia del Consell Insular de Menorca de 2 de diciembre de 2002, que asume el emitido en la propia fecha por el Sr. Solé Vilanova, se centra en buena parte la opinión adversa a la segregación solicitada en el impacto negativo que se experimentará en el Ayuntamiento de Mercadal si prosperan las aspiraciones de la Plataforma de Fornells. Así se desprende de lo reflejado en el Antecedente Tercero, apartado I. Ello inclina a pensar que la viabilidad de Fornells como término municipal de nueva planta podría pasar adelante, pero que el acontecimiento provocaría serio perjuicio para la subsistencia de Mercadal una vez operada la minoración del término municipal actual.

5. En Menorca, en el tiempo presente, con reformas proyectadas para la ordenación del territorio y la entrada en juego de procesos de limitaciones en la

construcción de edificios y de cambios en la calificación de terrenos con reducción del suelo urbanizable, se hace sobremanera difícil operar con datos incontrovertibles en orden al “como” quedaría el municipio de Mercadal después de la segregación. De aquí que los informes incorporados al expediente se apunten, llegado el instante de formular definiciones al respecto, a “proyecciones” de futuro apoyadas en datos que, siendo fiables si se mantienen las constantes elaboradas en contemplación de lo ocurrido en tiempo pasado, pueden experimentar variantes sustanciales, para bien o para mal, en un futuro no fácilmente predecible.

6. No parece que la recepción de urbanizaciones en un futuro inmediato (vid. el Antecedente Tercero apartado I) pueda ser elemento influyente en los términos que cualifican el informe inspirador del criterio abrazado por la Presidencia del Consell Insular de Menorca, puesto que el Decreto Balear de 4 de junio de 1987 (art. 9) vincula la obligatoriedad municipal “receptora” a la “consolidación” de la urbanización (superación del cincuenta por ciento de lo edificado), lo que favorece la tesis de que los “gastos” de conservación de viales y servicios pueden quedar compensados generosamente por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles aplicable a los edificios construidos.

Quinta

Lo hasta aquí expuesto y razonado obliga a que el Consell Consultiu se circunscriba en su actividad asesora al contraste de lo actuado con el arsenal normativo al que ha de ajustarse la Administración en el ejercicio de la potestad reglada, y esto sentado, habrá que entender que no entraña infracción

de dicho ordenamiento el informe de la Presidencia del Consell Insular de Menorca de 2 de diciembre de 2002 del que antes se ha hecho mérito, integrante de una propuesta de resolución.

Y es pertinente añadir que una cosa es el informe de referencia (apartado 5 del art. 9º del Reglamento de 11 de julio de 1986 sobre Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales) y otra cosa el acuerdo favorable o adverso a la segregación que ha de adoptar el Consell Insular (art. 13 de dicho Reglamento). La competencia respecto a ese acuerdo favorable o adverso a la segregación radica en el Pleno del Consejo, mientras que la predicable para la emisión del informe enviado al Consell Consultiu reside en la Presidencia del mismo en atención a la analogía apreciable entre dicho trámite y la propuesta de resolución de expedientes en general a que alude el art. 84 de la Ley de 26 de noviembre de 1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero sobre todo, a la vista del art. 9º de la Ley Balear de Consells Insulars, de 27 de octubre de 2000, que declara que incumbe a la Presidencia del Consell el

ejercicio de las funciones que el Ordenamiento atribuye a dicha institución sin asignación específica a uno de sus órganos.

III. CONCLUSIONES

1ª. Está legitimada la Presidencia del Consell Insular de Menorca para formular la consulta y es competente el Consell Consultiu para evacuarla. El dictamen es preceptivo.

2ª. La propuesta de resolución del expediente, integrada en el informe de 2 de diciembre de 2002, de la citada Presidencia, no implica transgresión del Ordenamiento Jurídico, pudiendo estimarse ajustada al mismo en el ámbito del ejercicio de potestades regladas por las Administraciones Públicas.

En la resolución que recaiga habrá que insertar la fórmula solemne pertinente a tenor del art. 3, apartado 3, de la Ley Balear de 15 de junio de 1993 (“d’acord amb el Consell Consultiu” o “havent escoltat el Consell Consultiu”, en la versión catalana, y “de acuerdo con el Consell Consultiu” u “oído el Consell Consultiu”, en la versión castellana.”

Dictamen 129/2003, de 7 de octubre.

Proyecto de decreto por el que se regulan las asociaciones de padres y madres de alumnos, y las federaciones y confederaciones de éstas.

“...Tercera

Una cuestión previa de carácter esencial es determinar si la comunidad

autónoma de las Islas Baleares tiene título competencial habilitado para aprobar una norma como la que se ha enviado a este alto órgano de consulta

para que proceda al dictamen, y cuyo objeto es regular las asociaciones de padres y madres de alumnos en el ámbito territorial balear. Para encontrar la respuesta adecuada es imprescindible acudir a la Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1992, de 22 de octubre, que resolvió el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno estatal en relación con el Decreto 29/1985 del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, de 18 de abril, sobre constitución y funcionamiento de las asociaciones juveniles. La doctrina establecida por esta importante resolución, que declaró la nulidad de la norma autonómica, es plenamente aplicable *mutatis mutandi* al presente caso.

Como primer paso del razonamiento, hay que afirmar que nuestra comunidad autónoma carece de competencias sobre el derecho de asociación y sobre la materia «asociaciones» (regulados actualmente por la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo). No faltan, en cambio, competencias para regular aspectos relacionados con las asociaciones cuyas actividades coincidan con materias de competencia autonómica. En este sentido, puede afirmarse que tiene competencia para realizar actividades de fomento de las asociaciones de padres y madres de alumnos en virtud de la competencia autonómica de enseñanza, que establece el artículo 15.1 del Estatuto de autonomía («Corresponde a la comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades...»). El Tribunal Constitucional precisó que, desde estos ámbitos competenciales autonómicos, «la incidencia sobre las asociaciones será de menor intensidad

que la que pueda ejercerse desde la competencia sobre asociaciones»; pero no se puede negar, de entrada, que desde esta competencia sobre enseñanza puedan realizarse actividades relacionadas con las asociaciones de padres y madres de alumnos. Además, como ya señaló el Tribunal Constitucional en la Sentencia 15/1989, referida a las asociaciones de consumidores y usuarios, estas actividades de fomento no tienen porque circunscribirse a una simple actividad administrativa subvencional. Por el contrario, también pueden incluirse, por ejemplo, «la regulación de las condiciones que deben poseer las asociaciones para poder acogerse a los beneficios que decida establecer la Comunidad Autónoma». Sin embargo, hay que subrayar que esta regulación no puede incidir en el desarrollo del derecho de asociación, ni establecer el régimen jurídico general de las asociaciones de padres y madres de alumnos radicados en las Islas Baleares (STC 157/1992). Dicho con otras palabras, el título competencial «enseñanza» permite que la comunidad autónoma establezca requisitos administrativos (por ejemplo, inscripción en determinados registros) para que las asociaciones de padres y madres puedan acceder a ciertas subvenciones y ayudas, así como también fijar otras finalidades directamente vinculadas a la competencia de enseñanza, pero este título no llega a establecer las condiciones necesarias para que una asociación de padres y madres de alumnos pueda considerarse constituida válidamente. La Sentencia del Tribunal Constitucional tantas veces citada lo ha indicado con extrema precisión:

Pero no puede desde esta competencia [se refiere a “juventud”, aunque también puede leerse “enseñanza”]

establecer límites a la libertad de creación de asociaciones, a la libertad de asociarse y de no asociarse, al derecho de dar personalidad jurídica a las asociaciones constituidas, ni puede tampoco reglar la organización interna de las asociaciones, la normativa aplicable a las mismas, los derechos y deberes de sus miembros o las causas de disolución de las mismas.

En síntesis, lo que quiere decirnos el intérprete supremo de la Constitución es que un decreto del Gobierno de las Islas Baleares no puede regular ni el ejercicio de la libertad de asociación ni el régimen jurídico general de las asociaciones de padres y madres de alumnos. Y eso es así porque la regulación que se pretende aprobar se inserta en las competencias sobre desarrollo del derecho de asociación y sobre asociaciones, ámbitos materiales en los que la comunidad autónoma de las Islas Baleares no tiene títulos competenciales.

Cuarta

No obstante todo lo dicho en la consideración jurídica anterior, hay que añadir algunas precisiones respecto al derecho fundamental a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución española de 1978. Así, debe recordarse que, en desarrollo de este precepto, las Cortes Generales aprobaron la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación-LODE- y la Ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación-LOCE. Ambas normas reconocen, de forma generosa, el derecho de los progenitores de los alumnos a asociarse para alcanzar las finalidades legalmente admitidas. Así, el artículo 5 de la primera Ley orgánica regula, de

forma lo suficientemente detallada, las asociaciones de padres y madres de alumnos en los siguientes términos:

1. Los padres de alumnos tienen garantizada la libertad de asociación en el ámbito educativo.
2. Las asociaciones de padres de alumnos asumirán, entre otras, las finalidades siguientes:

a) Asistir a los padres o tutores en todo aquello que concierne a la educación de sus hijos o pupilos.

b) Colaborar en las actividades educativas de los centros.

c) Promover la participación de los padres de los alumnos en la gestión del centro.

3. En cada centro docente podrán existir asociaciones de padres de alumnos integradas por los padres o tutoras de los mismos.

4. Las asociaciones de padres de alumnos podrán utilizar los locales de los centros docentes para la realización de las actividades que les son propias, a cuyo efecto, los directores de los centros facilitarán la integración de dichas actividades en la vida escolar, teniendo en cuenta el normal desarrollo de la misma.

5. Las asociaciones de padres de alumnos podrán promover federaciones y confederaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación vigente.

En desarrollo de este artículo de la LODE, y sobre la base de la autorización contenida en la disposición final

primera, el Gobierno aprobó el Real decreto 1.533/1986, de 11 de julio, por el que se regulan las asociaciones de padres de alumnos. Para lo que ahora nos interesa, hay que destacar el inciso final del artículo 4, cuando dice que las asociaciones de padres de alumnos se registrarán «por la *legislación de asociaciones* en los aspectos generales que les sean de aplicación» Estamos, por lo tanto, sin ningún tipo de duda, ante el ejercicio del derecho fundamental de asociación. Es cierto que las asociaciones de padres y madres de alumnos se registrarán por su legislación específica, pero eso no modifica su naturaleza jurídica de «asociaciones».

En la misma línea, el artículo 3.3 de la Ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, establece que:

Las administraciones educativas favorecerán el ejercicio del *derecho de asociación* de los padres, así como la formación de federaciones y confederaciones.

Como consecuencia de su sumisión a la Ley de asociaciones, las asociaciones de padres y madres de alumnos tendrán que ser objeto de una doble inscripción: en el Registro de asociaciones y fundaciones de la comunidad autónoma de las Islas Baleares, que depende de la Consejería de Presidencia, y en el censo específico de estas entidades, creado y gestionado por la Consejería de Educación y Cultura.

Además, hay que subrayar que, de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley mencionada, ésta puede ser desarrollada por las comunidades autónomas que tengan reconoci-

da competencia para ello en los respectivos estatutos de autonomía.

Mediante el Real decreto 1.876/1997, de 12 de diciembre, dentro del marco establecido por el artículo 149.1.30 de la Constitución, se procedió al traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a esta comunidad autónoma en materia de enseñanza no universitaria. Pues bien, el Proyecto de decreto que ahora se examina es un reglamento que desarrolla, en el ámbito específico de las Islas Baleares, la normativa básica estatal que regula las asociaciones de padres y madres de alumnos en el marco de la enseñanza no universitaria, así como sus relaciones con las administraciones educativas y los centros docentes.

De lo dicho hasta ahora se desprende sin ningún tipo de duda, la competencia de las Islas Baleares para la elaboración -y, en su caso, la aprobación a través del Consejo de Gobierno - de la norma proyectada, de acuerdo con el artículo 33 del Estatuto de autonomía y los artículos 15 y 19.5 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Islas Baleares.

Quinta

Delimitado de esta manera el alcance de la competencia autonómica en materia de enseñanza en relación con las asociaciones, se puede afirmar que, en ciertos aspectos, el Proyecto de decreto sometido a consulta vulnera el orden competencial, en la medida en que establece una regulación general del régimen jurídico de las asociaciones de padres y madres de alumnos radicados en las Islas Baleares, y no se limita-como tendría que haber hecho- a desarrollar las cuestio-

nes que pueden regularse desde la competencia educativa.

En coherencia con lo anterior, al analizar los artículos del Decreto proyectado se pueden distinguir tres tipos distintos de preceptos. En primer lugar, los que regulan materias que en ningún caso pueden ser objeto de regulación desde el título de enseñanza, dado que se refieren a cuestiones relativas al régimen jurídico de las asociaciones de padres y madres de alumnos en general. En segundo lugar, los preceptos que se refieren a materias que sí son cubiertas por el título de enseñanza, siempre que no entren a regular de manera general el régimen jurídico de las asociaciones de padres y madres de alumnos. En tercer lugar, encontramos preceptos innecesarios, por ser reiteraciones, más o menos literales, de normas de mayor jerarquía o de normas de competencia estatal.

- En el primer grupo, deben situarse los artículos 6 (condiciones necesarias para la constitución de las APIMAS) y 7 (contenido de los estatutos de las APIMAS), así como la disposición transitoria (que otorga un plazo de un año para la adaptación de las APIMAS ya existentes a la nueva normativa).

- En el segundo grupo de preceptos, es decir, aquéllos que pueden estimarse cubiertos por el título competencial autonómico de enseñanza, deben incluirse los artículos 5 (finalidades de las APIMAS), 8 (trámites para inscribir el acta fundacional y los estatutos de las APIMAS, siempre que el precepto se redacte de forma impersonal, y únicamente a efecto del registro de las asociaciones), 9 (creación por parte de la Consejería de Educación y Cultura de un censo de asociaciones, federaciones y confederaciones de padres y

madres de alumnos), 10 (utilización de los locales de los centros docentes por parte de las APIMAS), 16 (la utilización de las APIMAS más representativas para garantizar la participación de los padres y las madres de los alumnos en los consejos escolares de las Islas Baleares) y 17 (ayudas y asesoramiento de la Consejería de Educación y Cultura a las APIMAS inscritas en el registro correspondiente).

- En el tercer grupo de artículos, es decir, aquéllos que son innecesarios por tratarse de reiteraciones de otras normas, tenemos que situar los artículos 1 (definición de las APIMAS y garantía de la libertad de asociación al ámbito educativo), 2 (reconocimiento de las APIMAS), 3 (individuos que pueden formar parte de una APIMA), 4 (normativa aplicable a las APIMAS), 11, 12, 13, 14 y 15 (relativos a las federaciones de APIMAS y a las confederaciones formadas por federaciones de APIMAS).

III. CONCLUSIONES

1ª El M. Hble. Sr. Presidente de las Islas Baleares está legitimado para formular la consulta, y el Consejo Consultivo es competente para emitir el dictamen correspondiente, con la calidad de preceptivo.

2ª Por las razones indicadas en las anteriores consideraciones jurídicas, los artículos 7 y 8 y la disposición transitoria son contrarios al bloque de constitucionalidad.

3ª Estas conclusiones deben ser consideradas sustanciales a efectos de utilizar en la resolución que se dicte la fórmula «de acuerdo con el Consejo Consultivo».

Dictamen 138/2003, de 5 de septiembre.

Proyecto de decreto que reforma el Decreto 162/2003, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula la exigencia de conocimientos de lengua catalana en los procedimientos selectivos de acceso a la función pública y para la ocupación de puestos de trabajo que se convoquen en el ámbito de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

“.. Segunda

La reforma que tiene que someterse a la aprobación del Consejo de Gobierno tiene por objeto, como ya se ha puesto de relieve, añadir al Decreto 162/2003 una disposición transitoria. Por esta razón su estructura es muy simple, ya que consta sólo de un preámbulo y de un artículo único por el que se determina la adición de la disposición citada, que consta de dos apartados.

En el primero se establece un período de cinco años, que deberán contarse a partir de la entrada en vigor del Decreto proyectado, durante el cual el régimen lingüístico previsto con carácter general en los capítulos IV y V del Decreto 162/2003 no será de aplicación a los funcionarios de carrera ni al personal laboral fijo que cumplan, o hayan cumplido, los 50 años de edad antes del final del plazo de presentación de las solicitudes para participar en los concursos de provisión de puestos de trabajo.

En el segundo, se regula la condición de mérito que tendrá en cualquier caso la acreditación, para el personal arriba mencionado, de niveles de conocimiento de catalán superiores a los exigidos con carácter general.

Es destacable en el proyecto analizado la ausencia de referencias a su entrada en vigor. Según nuestra opinión, es útil que la redacción del proyecto se complete con una determinación clara del día a partir del cual empiezan a producirse los efectos transitorios que se prevén; el principio de seguridad jurídica indudablemente lo exige. En caso de no hacerse así y una vez aprobado, el Decreto empezaría a regir después de la *vacatio legis* que, con carácter general, prevé el Código civil: es decir, a los veinte días de haberse publicado en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.

Tercera

En lo que concierne al procedimiento de elaboración de la norma, tenemos que recordar una vez más la importancia que el legislador concede al expediente, verdadero archivo de los aspectos fácticos y jurídicos, y de los elementos de juicio, que tienen que fundamentar el conjunto de medidas normativas que quieren aprobarse. También es notoria la función explicativa del preámbulo de la disposición. En este sentido, el Consejo Consultivo, en el Dictamen 50/1999 de 18 de mayo, manifestó lo siguiente:

En cuanto al fondo del asunto, destaca en primer lugar la ausencia de

una exposición de motivos que justifique suficientemente la modificación que se lleva a cabo, cuya incorporación sería sin duda conveniente, habida cuenta de que la materia ya fue regulada por el reciente Decreto cuya modificación se promueve y de la importancia y trascendencia que puede tener el cambio que se introduce, ya que de hecho se viene a dejar sin efecto por un período mínimo de seis años la regulación anterior.

Estas reflexiones nos llevan a reseñar, en este caso, que si bien la tramitación realizada por la Consejería de Interior se ajusta esencialmente a las determinaciones de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno, no hay ninguna duda de que la aportación de elementos relativos a la situación fáctica objeto de regulación es ciertamente escasa. Estas carencias no pueden entenderse compensadas por algunos de los datos aportados en los informes que integran el expediente, ya que o bien no se encuentran justificadas documentalmente o bien constituyen opiniones subjetivas (como, por ejemplo, las que se vierten sobre “la especial dificultad técnica” que supone adquirir los conocimientos elementales de lengua catalana).

Cuarta

El conjunto normativo en el que se incardina el Proyecto de decreto que nos ocupa está formado, de una parte, por las normas de carácter lingüístico, y de la otra, por las normas reguladoras de la función pública. Dentro de las primeras, destacan las normas contenidas en el bloque de la constitucionalidad, la Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística (LNL), y la legislación administrativa, principalmente la

representada por la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears (LRJACA). En lo que concierne a las segundas, es imprescindible hacer referencia a la legislación de función pública, tanto estatal como autonómica. En este último ámbito, se inscribe, por ejemplo, la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la función pública.

A) Respecto al bloque de la constitucionalidad, hay que recordar, en primer lugar, que el artículo 3 de la CE establece la oficialidad del castellano y la de las otras lenguas españolas en las respectivas comunidades autónomas, de acuerdo con los estatutos respectivos.

Por su parte, el Estatuto de autonomía de las Illes Balears (EAIB) determina en el artículo 3 que la lengua catalana, propia de las Illes Balears, tendrá junto con el castellano el carácter de idioma oficial, que todo el mundo tiene el derecho de conocerla y de usarla, y que nadie podrá ser discriminado por causa del idioma. Finalmente, añade que las instituciones de las Illes Balears garantizarán el uso normal y oficial de los dos idiomas, tomarán las medidas necesarias para asegurar su conocimiento y crearán las condiciones que permitan llegar a la igualdad plena de las dos lenguas respecto a los derechos de los ciudadanos de las Illes Balears.

La LNL persigue, como objetivo fundamental establecido en el artículo 1.2.a), «Hacer efectivo el uso progresivo y normal de la lengua catalana en el ámbito oficial y administrativo». La Ley regula, en el artículo 6, el uso oficial del catalán como lengua propia del Gobierno autónomo y de la Administración pública y, en el artículo 9, dis-

pone que el Gobierno de las Illes Balears tiene que regular, mediante disposiciones reglamentarias, el uso normal de la lengua catalana, oralmente o por escrito, en las actividades administrativas de los órganos de su competencia.

Hay que subrayar también el mandato del artículo 16.1: «Los poderes públicos han de promover las medidas correspondientes de cara a la progresiva capacitación del personal de la Administración pública». Esta declaración continúa, en el apartado 2, con la prescripción siguiente: «En las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las plazas de la Administración [...] ha de tenerse en cuenta [...] el nivel de conocimiento de las dos lenguas oficiales, cuya ponderación determinará la Administración para cada nivel profesional»

Por otro lado, según se establece en el artículo 34.1, el Gobierno de la comunidad autónoma asegurará el uso de la lengua catalana en todas las funciones y actividades de carácter administrativo que realicen las instituciones y organismos que dependen de él. El apartado 3 de este artículo añade que: “Las bases de convocatoria para la provisión de plazas en la Administración de la comunidad autónoma [...] incluirán una referencia expresa al conocimiento de la lengua catalana” La enseñanza de este idioma a los funcionarios, incluso a los procedentes de la Administración estatal, constituye un imperativo según el artículo 35 de la LNL.

Finalmente, la recientemente aprobada LRJACA dedica el capítulo I del Título V (dedicado a la actividad administrativa), y concretamente los artículos 43 y 44, a la regulación del uso del catalán:

Artículo 43. Uso del catalán en la actuación administrativa.

1. La Administración de la comunidad autónoma y las entidades que integran la administración instrumental utilizarán el catalán en sus actuaciones internas y en la relación entre ellas. También lo utilizarán normalmente en las comunicaciones y las notificaciones dirigidas a personas físicas o jurídicas residentes en el ámbito lingüístico catalán, sin perjuicio del derecho de los interesados a recibir las en castellano, si lo solicitan.

2. El uso del catalán en la actuación de los órganos administrativos integrantes de las administraciones a que hace referencia el apartado anterior será regulado por disposiciones reglamentarias.

Artículo 44. Uso del catalán en los procedimientos administrativos.

1. En los procedimientos administrativos tramitados por la Administración de la comunidad autónoma y las entidades que integran la administración instrumental se utilizará el catalán, sin perjuicio del derecho de los interesados a presentar escritos y documentos, a hacer manifestaciones y, si lo solicitan, a recibir notificaciones en castellano.

2. La Administración librará a los interesados que lo soliciten en cada caso, en la lengua oficial solicitada, un testimonio traducido de las actuaciones o de la documentación que les afecte. La solicitud de traducción no puede conllevar ningún perjuicio o gasto para el solicitante,

ni retrasos en el procedimiento ni la suspensión de la tramitación o de los plazos establecidos.

B) En lo que concierne a la legislación de función pública, se debe tener presente, por una parte, la legislación básica estatal, ya que en virtud del artículo 149.1.18 CE el Estado puede establecer las bases en esta materia; así lo ha hecho, principalmente, mediante la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de la que interesa destacar el artículo 20.1.a) (que tiene carácter básico), según el cual en los procedimientos de provisión «se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán los adecuados a las características de cada puesto de trabajo [...]».

Por otra parte, y dado que la comunidad autónoma ostenta la competencia para desarrollar las bases estatales, el Parlamento balear aprobó la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la función pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears. Recordamos que el artículo 45, después de recoger los principios de igualdad, mérito y capacidad en el apartado segundo, dispone que en las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las plazas de la Administración autonómica tiene que acreditarse el conocimiento de la lengua propia de la comunidad autónoma, en expresión oral y escrita, respetando plenamente el principio de proporcionalidad en lo que concierne a la exigencia de un determinado conocimiento, que tendrá que estar relacionado, en cualquier caso, con las plazas o funciones de que se trate.

En materia de provisión, el apartado 2 del artículo 57 determina, en relación

con los méritos que necesariamente tienen que valorarse en los procedimientos correspondientes, que tiene que considerarse «lo que se establece en la Ley de normalización lingüística sobre el conocimiento oral y escrito de la lengua catalana»

La conexión entre la capacitación exigida a los funcionarios y el ámbito de funciones en el que tienen que prestar sus servicios y ejercer determinadas tareas es patente, por lo tanto, en los preceptos mencionados y en la normativa reglamentaria que los ha desarrollado. Tampoco hay ninguna duda de que la posesión de conocimientos lingüísticos está vinculada en general a la capacitación del personal al servicio de la Administración autonómica. Sobre este punto tendremos que insistir más adelante.

Quinta

1. Con el fin de resolver los problemas que suscita el contenido de la disposición transitoria destinada a completar la regulación operada por el Decreto 162/2003, tenemos que tener presente, fundamentalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad del artículo 14 CE, ya que estamos en presencia de normas que establecen un régimen jurídico especial - para determinados funcionarios y trabajadores públicos - y excepcional - por el tiempo en que tiene que regir y por la diferencia de tratamiento que supone en materia de capacitación lingüística.

Recordamos, en primer lugar, que la STC 150/1991 (FJ 6) señala que:

[...] es doctrina constante que el principio constitucional de igual-

dad (art. 14 CE), además de impedir las discriminaciones descritas en dicho artículo, obliga al legislador a no introducir en los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa.

A su vez, el auto del TC 311/1999 (FJ 3) añade lo siguiente:

Para determinar si se da un trato diferente, discriminatorio, a situaciones o supuestos de hecho iguales, desde la perspectiva del art. 14 de la CE, será necesario también precisar si aquéllos son efectivamente comparables o cotejables (SSTC 76/1986 y 148/1986), es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso, pues lo que el art. 14 de la CE impide es que el legislador establezca entre situaciones semejantes o similares diferencias de trato que no se funden en la consecución de un fin constitucionalmente lícito y que no tengan una justificación razonable (STC 107/1986), debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo de otro se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador.

Más recientemente, el TC ha reiterado (STC 103/2002 FJ 4) que:

El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado.

Asimismo, tiene que tenerse en cuenta que, según ha afirmado el TC en su Sentencia 27/1991, en relación con el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos,

[...] la igualdad en la ley, implica para al legislador no sólo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el artículo 103.3 CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad.

De este límite deriva la necesidad no sólo de que la ley no limite el acceso a personas determinadas, sino de que la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta, han de estar también en relación con la función a desempeñar y no se describan o establezcan en términos tales que puedan considerarse fijados en atención a personas determinadas.

La igualdad se predica, por tanto, de las condiciones establecidas por la ley, y por ello, lo que el artículo 23.2 viene a prohibir, entre otras cosas, es que las reglas de procedi-

miento para el acceso a la función pública se establezcan no mediante términos generales y abstractos, sino mediante referencias individualizadas y concretas (SSTC 50/1986, 148/1986, 18/1987, entre otras). Así pues, el artículo 23.2 CE, si bien ha otorgado al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles hayan de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, le obliga también a tener como límites constitucionales que la regulación no se haga en términos concretos e individualizados, de manera tal que sean convocatorias *ad personam* y que los requisitos legalmente establecidos, en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad (FJ 4). [El subrayado es nuestro].

Más concretamente, en relación con la exigencia de conocimiento de la lengua catalana, la STC 46/1991 enseña que:

Sin embargo, el inciso impugnado del artículo 34 de la Ley catalana 17/1985, al establecer la exigencia de conocimiento del catalán, parte de lo dispuesto en el inciso precedente, en el que se recogen los principios constitucionales de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). Y dentro de estos principios es donde sitúa el requisito de conocimiento del catalán. No resulta aceptable el argumento del abogado del Estado de que esa exigencia puede suponer un obstáculo para acceder a la función pública para quien carezca del conocimiento del catalán. El propio principio de mérito y capacidad

supone la carga para quien quiera acceder a una determinada función pública de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a la que aspira. Por lo que la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluible dentro de los méritos y capacidades requeridas. No debe entenderse la exigencia de conocimiento del catalán un requisito *ad extra*, independiente del mérito y capacidad acreditadas, sino, al igual que cualquier otro conocimiento o condición exigida para el acceso a la función pública, una exigencia con cuya acreditación se da satisfacción a dichos principios constitucionales (FJ 3). [El subrayado es nuestro].

No obstante, este Consejo Consultivo no desconoce la circunstancia a la que la doctrina citada hace referencia, específicamente al acceso a la función pública, por lo que su aplicación a la provisión tendrá que producirse con matices.

2. La jurisprudencia constitucional ha elaborado la doctrina anterior exclusivamente sobre la base de la ley, es decir, tratando la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley. Ahora bien, cuando la norma objeto del juicio de igualdad tiene rango reglamentario, como en el caso presente, las exigencias que se derivan vienen predeterminadas por la norma de rango legal que aquella desarrolla o aplica, ya que el reglamento no puede introducir, ni para la atribución de derechos ni para la imposición de deberes, diferencias que no provengan necesariamente de la ley misma. De esta manera, y como es lícito

to deducir, entre otras, de las SSTC 209/1987, 78/1990, 4/1991 y 69/1992, el juicio de igualdad se identifica con el de legalidad.

Así, ya en la primera de estas sentencias, el TC afirmó que:

(...) el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la Ley no excluyó. El juicio sobre la licitud constitucional de las diferencias establecidas por una norma reglamentaria requiere así, necesariamente, y sólo desde esta perspectiva, un juicio de legalidad (FJ 3).

En consecuencia, si el tratamiento diferenciado que contiene una disposición reglamentaria no encuentra claramente la cobertura necesaria en la norma legal, se ha de presumir que aquélla introduce medidas contrarias al principio de igualdad.

3. En último término, parece oportuna una referencia a la edad como causa de un tratamiento normativo diferente. Al respecto, tenemos que recordar que la STC 69/1991, estableció que:

La edad es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna, la prohibición contenida en el artículo 14 de nuestra Constitución no puede ser entendida, sin embargo, de modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tomadas nunca en consideración por el autor de la

norma o por quien la interpreta, cuando tales circunstancias son relevantes para la finalidad legítima, y en si misma no discriminatoria, que la norma persigue (FJ 4).

Así pues, la edad de las personas puede utilizarse como punto de conexión para la introducción de regímenes normativos diferenciados, si bien éstos tienen que perseguir finalidades consonantes con los fines públicos tenidos en cuenta por el legislador, y no pueden suponer diferencias desprovistas de justificación objetiva y razonable.

Dicho con otras palabras, el establecimiento de una edad determinada para la aplicación de la regulación de la que se trate no sólo tiene que contar con el visto bueno del legislador, sino que también tiene que responder a circunstancias objetivas que exijan un tratamiento diferenciado para las personas que se encuentran en la edad o las edades fijadas, siempre que haya las suficientes razones de carácter físico, biológico, educativo, etc..

Si es así en el caso que nos ocupa, la dispensa basada en razones de edad sólo puede considerarse ajustada al principio de igualdad si puede justificarse correctamente que hay factores objetivos que impiden o dificultan gravemente la adquisición de conocimientos lingüísticos.

Sexta

Tal como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto en nuestro Dictamen 41/2002, interesa recordar especialmente ahora:

La ordenación del pluralismo lingüístico que deriva de la Consti-

tución y de nuestro Estatuto de autonomía contiene las reglas fundamentales del régimen de cooficialidad de las lenguas castellana y catalana, como también el imperativo de normalización del uso del catalán como lengua propia de las Illes Balears.

La reforma estatutaria operada mediante la Ley orgánica 3/1999, de 8 de enero, en consonancia con lo que disponen los artículos 3 de la Constitución española y 13 y 14 del Estatuto, refuerza precisamente aquel mandato al establecer, en el artículo 3.3, que «las instituciones de las Illes Balears garantizarán el uso normal y oficial de los dos idiomas, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su conocimiento y crearán las condiciones que permitan llegar a la igualdad plena de las dos lenguas en cuanto a los derechos de los ciudadanos de las Illes Balears».

La normalización lingüística, en su dimensión de objetivo insoslayable por los poderes públicos, exige acciones positivas de éstos en los diversos sectores de la sociedad, incluido naturalmente el de las administraciones públicas.

Asimismo, añadíamos que:

El objetivo normalizador tiene su proyección en el ámbito de la función pública, en la medida en que la garantía de los derechos lingüísticos de las personas que se relacionan con los poderes públicos sólo puede ser efectiva si éstas cuentan con los recursos humanos adecuados para satisfacer las demandas comunicativas de los ciudadanos. En este plan-

teamiento radica, precisamente, la exigencia de capacitación lingüística del personal al servicio de las administraciones públicas, la cual puede manifestarse tanto en el proceso de acceso a los cuerpos y escalas correspondientes como en las vías de provisión, que son ahora las que especialmente nos interesan.

Esta exigencia de conocimientos lingüísticos, arbitrada como mérito o como condición, es plenamente conforme con los postulados constitucionales, respecto de los cuales constituye, incluso, una técnica idónea para asegurar la efectividad.

En este sentido, la prescripción de requisitos lingüísticos para el personal al servicio de las administraciones públicas aparece como una manifestación del principio constitucional de eficacia, proclamado en el artículo 103 del texto constitucional, tal como se puso en relieve en la citada STC 46/1991, fundamento jurídico 4, y, en relación con la función pública docente, en la STC 337/1994, de 23 de diciembre.

Finalmente, poníamos de manifiesto lo siguiente:

Admitida, en general, la posibilidad de la exigencia de requisitos relativos a la posesión de conocimientos lingüísticos en el ámbito de la función pública, tenemos que añadir que esta exigencia no está exenta de límites, tal como bien destacó la doctrina y confirmó posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El requerimiento de un determinado nivel de competencia lingüística

tiene que hacerse efectivo, en primer lugar, de acuerdo con el principio de igualdad, sin tratos de favor que puedan ser discriminatorios, y sin suponer obstáculos incompatibles con el artículo 139 CE, en relación con la libre circulación y el establecimiento de las personas.

En segundo lugar, este requerimiento no puede desvincularse del cometido técnico o profesional para el cual se lleva a cabo la selección del personal y, por eso, tiene que ser objetivamente razonable y proporcionado a la finalidad que se pretende conseguir.

Si la exigencia lingüística supera la comparación con los parámetros expuestos, deberá presumirse, en conclusión, la conformidad de ésta con la legalidad.

Esta doctrina resulta plenamente aplicable a las cuestiones jurídicas que suscita el Proyecto de decreto sobre el cual tenemos que pronunciarnos.

Séptima

En materia de función pública son principios nucleares los de mérito y capacidad, tanto para el acceso a los puestos de trabajo ofrecidos por las diversas administraciones públicas, como para la provisión de estos puestos de trabajo entre funcionarios. Estos principios, proclamados al más alto nivel (art. 103 CE; 19 de la Ley 30/1984; 10.3, 45 y 57 de la Ley 2/1989) impregnan todo el sistema de personal de los entes públicos, y obligan a éstos a seleccionar para cada puesto de trabajo al aspirante más idóneo en relación con el grupo y con la categoría a que pertenece y con las tareas profesionales que tiene que realizar.

Como ya se ha indicado más arriba, con cita expresa de la STC 46/1991, los conocimientos lingüísticos no son elementos que se encuentran *extra muros* de los principios de mérito y de capacidad, ya que el cumplimiento adecuado de las tareas funcionariales y la satisfacción correcta de los derechos de los ciudadanos exigen estos tipos de destrezas en las comunidades autónomas con estatuto de cooficialidad lingüística. Eso es evidente en la Administración autonómica balear que, además, está sometida tanto a los imperativos reguladores de su conducta lingüística, como a los relativos al proceso de recuperación del uso de la lengua propia.

Estas reflexiones vienen impuestas, según nuestra opinión, por el modelo lingüístico decidido por el legislador balear en el ámbito de las administraciones públicas y, por extensión, en el de la función pública. Este modelo, de acuerdo con las determinaciones estatutarias, se perfila con los rasgos siguientes:

- a) La lengua catalana es la lengua propia de la Administración de la comunidad autónoma (artículo 3.1 EAIB, y 2.1 y 6.1 LNL). Por esta razón, es la lengua en la que se expresa esta Administración normalmente y de manera preferente, sin perjuicio de los derechos lingüísticos de los ciudadanos (art. 6, 9.1 y 34 LNL, y 43 y 44 de la LRJACA).
- b) El uso generalizado de la lengua catalana en los ámbitos oficiales y administrativos es un factor de normalidad a cuya efectividad tienen que contribuir los poderes públicos y, por lo tanto, también la Administración autonómica (art. 3.3 y 14 EAIB, y 1, 4, 16 y 34.1 LNL).

c) La garantía de los derechos lingüísticos de los ciudadanos se hace efectiva por la aplicación de las normas lingüísticas (art. 3.2 EAIB; 2, 5, 8 y 16 LNL, y 44 LRJACA) y por la generalización de los conocimientos lingüísticos adecuados de los funcionarios y del personal laboral de la Administración autonómica (art. 45 y 57 Ley 2/1989).

d) Esta generalización no encuentra excepciones en normas de rango legal y sólo admite modulaciones que, en relación con el tipo de tareas realizables por los funcionarios y trabajadores públicos, tienen que aplicarse de acuerdo con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad (STC 46/1991). Las circunstancias personales del funcionario o del trabajador público no operan como factor de modulación de la exigencia de conocimientos lingüísticos, o de cualquier otro conocimiento o destreza profesional (excepto, obviamente, en lo que concierne a las personas discapacitadas que prestan sus servicios en las administraciones públicas).

e) Para la satisfacción correcta de los derechos lingüísticos que se reconocen a los ciudadanos en el ámbito de las Illes Balears, los recursos humanos de la Administración autonómica tienen que estar capacitados lingüísticamente de forma adecuada, de manera que puedan realizar las tareas encomendadas sin merma del principio de eficacia (art. 16.1 LNL), asegurando que el derecho de libre elección lingüística pueda ejercerse sin obstáculos irrazonables frente a los órganos y las unidades de la Admi-

nistración autonómica y de los entes de los que dependen.

f) En los procedimientos de provisión, la capacitación adecuada se asegura con la exigencia de los conocimientos de lengua catalana idóneos en relación con los diversos grupos y categorías funcionariales, como también con el ámbito de funciones en que tiene que actuarse (art. 16.2 LNL, y 57 Ley 2/1989). El legislador exige la valoración obligatoria de los conocimientos de lengua catalana y no autoriza dispensas basadas en las circunstancias personales de los funcionarios, como es la edad. Tampoco se admite la dispensa de otras habilidades o conocimientos jurídicos, técnicos o científicos por este tipo de circunstancias.

Octava

La lectura del Proyecto de decreto a la luz de los razonamientos expuestos en las consideraciones precedentes ya nos permite destacar algunos criterios para determinar su adecuación o inadecuación a la legalidad vigente.

Desde el punto de vista del principio de igualdad

La dispensa de capacitación lingüística a los funcionarios que acrediten tener cincuenta o más años de edad en el momento de la finalización del plazo para presentar la solicitud para participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo no es, según nuestra opinión, aceptable sobre la base de los argumentos siguientes:

1. La dispensa constituye una excepción no autorizada por el legislador. En

efecto, en la medida en que el decreto proyectado no se basa en una habilitación legal expresa, no supone una aplicación ejecutiva de regla alguna específica de carácter legal, y no puede explicarse como desarrollo de uno o más preceptos determinados de una norma con rango de ley. Tenemos que concluir que el proyecto objeto de dictamen pone de manifiesto un exceso del poder reglamentario de la Administración autonómica. Estamos en presencia, en definitiva, de una infracción del principio de legalidad (art. 9.3, 103 y 106.1 CE; 43 EAIB; 15.1 Ley 4/2001, y 3 LRJACA).

2. La dispensa se basa en circunstancias personales que son indiferentes en materia de capacitación lingüística del personal al servicio de la Administración de la comunidad autónoma, tal como hemos razonado en las consideraciones cuarta y séptima de este dictamen. Por tanto, la diferencia de tratamiento que quiere incorporarse al ordenamiento jurídico, además de no ajustarse plenamente a los principios que emanan de la legislación vigente en materia de función pública, se edifica sobre elementos justificados de manera insuficiente y alejados de las finalidades perseguidas por el legislador en los campos de la normalización lingüística y de la capacitación de los recursos humanos.

3. La dispensa, en definitiva, no se establece de acuerdo con una justificación objetiva y razonable (la cual, además, no ha quedado reflejada en el expediente o en el preámbulo de la futura disposición), ya que realmente se fundamenta en la idea de que la exigencia de conocimientos lingüísticos—además de no ser relevante para el ejercicio adecuado de las tareas funciona-

riales— supone una carga excesivamente pesada para las personas de cincuenta años o más.

4. En este sentido, hay que recordar que, por obra del Decreto 162/2003 ya mencionado (que incorpora planteamientos de desaceleración del proceso de normalización lingüística), el esfuerzo que tienen que asumir quienes participen voluntariamente en los concursos de provisión hoy ha quedado rebajado notoriamente, de manera que, como máximo, los conocimientos de valoración necesaria son los de carácter elemental. Asimismo, la oferta formativa actual presenta unas características y una frecuencia que permite aprovecharla con bastante antelación a las convocatorias de los procedimientos de provisión.

Desde el punto de vista del principio de mérito y capacidad

La medida propuesta por la Consejería de Interior resulta también objetable, ya que, según nuestra opinión, no es viable jurídicamente la introducción de una regla excepcional en los procedimientos para la provisión de puestos de trabajo que dispense de la valoración preceptiva de los conocimientos lingüísticos establecida en el artículo 57 de la Ley 2/1989.

Indudablemente, la valoración de la posesión de estos conocimientos, tal como hemos explicado en las consideraciones anteriores, permite aplicar correctamente los principios de mérito y de capacidad en una Administración en la que están en vigor el régimen de cooficialidad lingüística y los principios normalizadores, derivados del Estatuto de autonomía, desde hace casi veinte años.

Desde el punto de vista de los principios derivados de la legislación lingüística

El Proyecto de decreto es igualmente criticable en la medida en que introduce una modulación no autorizada del proceso de normalización de la lengua catalana en el ámbito de la función pública, de manera que éste permanece suspendido o, incluso, invertido temporalmente para un grupo determinado o determinable de funcionarios y trabajadores públicos.

La crítica también queda justificada, en nuestra opinión, porque la medida impulsada por la Administración no persigue, en último término, ninguna finalidad pública acogida por la Ley de normalización lingüística. Con una norma como la que ahora examinamos parece que no hay ninguna garantía de que el colectivo afectado se incorpore adecuadamente al proceso normalizador, que se intensifique el uso de la lengua propia de las Illes Balears en las actuaciones administrativas o que queden mejor protegidos los derechos lingüísticos de los ciudadanos.

La norma proyectada únicamente supone una moratoria de las exigencias lingüísticas que facilita la movilidad funcional durante un período de cinco años, pero difícilmente puede explicarse como medida de fomento de la capacitación lingüística de determinados funcionarios. Por eso, no constituye una regulación adecuada y proporcionada a los fines que supuestamente quieren conseguirse, como tampoco una medida coherente con los principios y preceptos que dimanarían de la LNL.

Desde el punto de vista de la legislación administrativa

El Proyecto en cuestión parece desligarse de los planteamientos que se derivan de los artículos 43 y 44 de la LRJACA, ya que la dispensa proyectada no favorece el uso normal y preferente de la lengua catalana en la actuación de la Administración autonómica.

Parece razonable afirmar que la capacitación lingüística adecuada y generalizada de los recursos humanos integrados en la Administración autonómica constituye la base sobre la cual cobran efectividad los preceptos mencionados y están más protegidos los derechos de los ciudadanos. Recordamos que éstos son poseedores de un derecho de elección lingüística concebido en los términos más amplios.

Por eso, la existencia de reductos funcionariales dispensados de los conocimientos de lengua catalana la entendemos como una medida que constituye un obstáculo injustificado para la efectividad plena de la LRJACA y que no encuentra apoyo en otras determinaciones del legislador.

Novena

El carácter transitorio de la medida, con una efectividad limitada a los cinco años siguientes a la fecha de entrada en vigor del Decreto que se proyecta, no constituye un elemento de contrapeso o justificación de la dispensa específica objeto de estudio en este dictamen.

La transitoriedad en la aplicación de unas exigencias legales o reglamentarias determinadas podría tener sentido si la finalidad perseguida hubiera sido recogida por el legislador mismo, o si se tratara de un período de adaptación a la nueva situación, pero, tal como se ha concebido, la norma en cuestión cons-

tituye una medida de favorecimiento temporal de las posibilidades de movilidad funcional. Por esta razón, es cuestionable desde el punto de vista del principio de legalidad, y eso es así, según nuestra manera de ver, aunque la transitoriedad fuera más reducida.

III. CONCLUSIONES

1a El presente dictamen tiene carácter preceptivo, en aplicación de lo que prevé el artículo 10.6 de la Ley 5/1993, de 15 de junio, del Consejo Consultivo. El M. Hble. Sr. Presidente de las Illes Balears está legitimado para solicitarlo, y el Consejo es competente para emitirlo.

2a El Proyecto de decreto, en lo que concierne al apartado 1 de la disposición transitoria que añade el artículo único (para incorporarlo en el Decreto 162/2003, de 5 de septiembre), no se adecua a la legalidad vigente en los términos que se desprenden de las consideraciones octava y novena de este dictamen.

3a Las observaciones relativas a la formación del expediente, como también a la inclusión de una disposición final que fije la fecha de entrada en vigor, no tienen carácter sustancial a efectos del uso de la fórmula ritual establecida en la Ley del Consejo Consultivo.”

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Dictamen 127/2004.

Procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por el Servicio Andaluz de Salud el 2 de diciembre de 2002, con objeto de reconocer a una paciente el derecho a ser indemnizada por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en la Unidad de Ginecología Oncología del Hospital Virgen de las Nieves de Granada.

“...3.- Al abordar la problemática de este tipo de daños hay que traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado sobre la diferencia entre ciencia y técnica, llamando la atención sobre el hecho de que ambas *“en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable - imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de «adelanto» de la ciencia, porque se piensa que este proceso implica siempre una «ganancia», aunque los hechos en ocasiones, vengan a desmentir esa creencia”* (FJ 5, STS de 31 de mayo de 1999).

La anterior consideración es de utilidad para resaltar que al fijar la indemnización se ha de tener en cuenta el estado de la ciencia en el momento actual, sin olvidar que está inexorablemente sujeto a cambio, lo que determina necesariamente una incertidumbre sobre la evolución de esta enfermedad y los eventuales padecimientos y secuelas que lleva asociada, sin descartar la hipotética curación que en un futuro se pudiera producir. El mismo razona-

miento se puede utilizar para referirnos a la patología de base en estas enfermedades (neoplasia mamaria) y a las interrelaciones entre las dos patologías que coexisten.

Abundando en lo anterior y tal como se ha dicho en el fundamento jurídico I de este dictamen, la jurisprudencia es unánime al fijar los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, concretando que la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizada. En este sentido el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 apostilla que *“en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

Por otra parte, en relación con la coexistencia de otras patologías y su posible influencia en la fijación del *quantum* indemnizatorio no cabe apreciar una postura claramente explicitada por el Tribunal Supremo. En la mayoría de los casos en los que ha apreciado responsabilidad patrimonial de la Admi-

nistración y, por tanto, se ha pronunciado sobre la indemnización pertinente, no se llega a establecer relación entre la patología de base (que siempre existe, puesto que el contagio se produce en personas “enfermas” que precisaron cuidados médicos) y la hepatitis contraída (SSTS de 31 de mayo de 1999, 5 de octubre de 2000 y 30 de octubre de 2000), habiéndose llegado a afirmar en algún supuesto (STSJ de Valencia de 20 de junio 2001) que cuando existe pluralidad de enfermedades debe tenerse en cuenta que cada una de ellas causa daños y perjuicios propios e independientes que deben ser integralmente reparados e indemnizados, porque la salud se ve doblemente afectada.

En otros supuestos, sí se menciona la patología preexistente al contagio de la hepatitis C. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2002, por la que se resuelve recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de noviembre de 1996 que estima parcialmente la reclamación dirigida al INSALUD en demanda de abono de indemnización por los daños ocasionados por contagio de hepatitis C, fijando una indemnización de tres millones de pesetas, en atención a la edad del reclamante, la no constancia de hijos menores, la enfermedad que padece, determinante de la incapacidad laboral declarada y por la que fue intervenido quirúrgicamente, así como la asintomatología de la hepatitis contraída.

En el supuesto al que nos acabamos de referir, la indemnización fijada por el citado Tribunal Superior la considera “*exigua*” el Tribunal Supremo, al estimar que las razones aducidas para concretarla no son “*en absoluto convincentes*”, por lo que la anula y fija una

indemnización de quince millones de pesetas en atención a “*las circunstancias concurrentes en el caso, lo terrible de la enfermedad que ha sido inoculada al paciente, los criterios que para fijarla aparecen establecidos en diversos textos, como también las tablas que en algunos de ellos establecen para cuantificar la indemnización*”. Considera asimismo el Tribunal Supremo que “*la fijación de una ayuda vitalicia mensual es una resolución que ofrece casi siempre dificultades de aplicación y, presumiblemente, en el caso que nos ocupa es poco conveniente por entorpecedora*”.

Abundando en la jurisprudencia al respecto, se ha de decir que tampoco existe un pronunciamiento claro en cuanto a los criterios a utilizar para la fijación de la cuantía de la indemnización. En unos casos los reclamantes alegan la aplicación de las indemnizaciones para afectados por el virus del SIDA fijadas en el Real Decreto Ley de 28 de mayo de 2003 (por la similitud de las formas de contagio y desarrollo de una y otra enfermedad, con períodos asintomáticos que pueden durar años y la posible evolución desfavorable con riesgo vital) y en otros se hace referencia a la necesaria aplicación del baremo establecido en Anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. En ambos supuestos el Tribunal Supremo considera que no cabría más que una aplicación analógica de las citadas normas, no decantándose claramente por el uso de ninguna de las dos fórmulas para la determinación de la indemnización.

En este escenario, no puede ignorarse que existe otra referencia más específica, ceñida a los supuestos de contagio

de hepatitis C producidos en un amplio número de pacientes afectados por hemofilia u otras coagulopatías congénitas, que estuvieron expuestos, como consecuencia de los tratamientos periódicos que debían recibir con concentrados de factores de coagulación, al riesgo de contraer la hepatitis C, en un momento en que el estado de la ciencia no permitía disponer de los medios oportunos para prevenir el contagio del virus.

Para hacer frente a las situaciones de contagio antes descritas, el artículo 80 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, dispuso que las personas afectadas tendrían derecho a una ayuda social, a cuyo fin encomendó al Gobierno la elaboración del correspondiente censo de afectados, así como la preparación de un proyecto de ley en el que se establecieran las condiciones y la cuantía de la ayuda a la que podrían acceder las personas incluidas en el mencionado censo.

De conformidad con lo previsto en el artículo que se acaba de citar, la Ley 14/2002, de 5 de junio, establece las ayudas sociales para las personas afectadas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público, regulando las condiciones y cuantía a percibir, que se fijó en 18.030,36 euros; ayuda a tanto alzado, como se ve, muy diferente de los 10.000.000 de pesetas (60.101,21 euros), prevista para los afectados por el virus de la inmunodeficiencia humana, que había sido tomada como referencia por algunos reclamantes, aduciendo la “similitud” entre ambos procesos infecciosos.

Posteriormente fue aprobado el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación y concesión de dichas ayudas sociales. Según su artículo 2, los beneficiarios tendrán derecho a la percepción, por una sola vez, de una ayuda social de 18.030,36 euros, compatible con la de cualquier pensión pública, exigiéndose como condición para acceder a dicha ayuda social la “*renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones por contaminación por el virus de la hepatitis C contra cualquiera de las Administraciones públicas sanitarias y centros sanitarios vinculados al Sistema Nacional de Salud, o su respectivo personal*” (apdos. 1 y 3), al tiempo que se establece que no pueden acceder a tales ayudas quienes hubieran obtenido una sentencia condenatoria frente a cualquiera de las Administraciones Públicas Sanitarias y centros sanitarios vinculados al Sistema Nacional de Salud por contagio del virus de la hepatitis C (apdo. 4).

Sin perder de vista la conexión que dicha normativa establece entre la percepción de la ayuda y la renuncia obligada al ejercicio de acciones tendentes a obtener la reparación por contaminación del virus de la hepatitis C, lo cierto es que la cantidad que se abona a tanto alzado se considera por el legislador como una ayuda social, fruto del apoyo y solidaridad colectiva, de modo similar a las soluciones normativas arbitradas en otros países europeos mediante la dotación de fondos públicos con esta misma finalidad; tal ayuda se articula para hacer frente a lo que se estima como suceso extraordinario que no pudo ser evitado por el estado de los conocimientos científicos y de la técnica médica; circunstancias que, en principio, nos alejan de las

que son objeto de consideración en este expediente.

Las diferencias entre dos instituciones como son, por un lado, las ayudas sociales para infectados por hepatitis C, en las condiciones previstas en la citada normativa y, por otro, las reparaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración, han llevado a los Tribunales a estimar que aquéllas simplemente pueden ser tomadas con un valor ilustrativo y no como referencia obligada para cuantificar las indemnizaciones a que puedan dar lugar este tipo de reclamaciones, partiendo, como parten unas y otras, de presupuestos y fundamentos diversos. Pero a continuación debe advertirse también que el baremo del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación sólo puede ser empleado con un valor meramente orientativo, tal y como viene señalando este Consejo Consultivo, revelándose en ocasiones como escasamente apropiado para la concreción de la reparación debida en supuestos como el que ahora centra nuestra atención, especialmente en el capítulo referido a la valoración del daño moral, que es el de mayor entidad en este momento, en el que la enfermedad se encuentra en su estadio inicial y apenas es apreciable el deterioro físico que la evolución desfavorable de la misma puede llegar a producir.

En este orden de consideraciones, y a título de ejemplo, la ya citada sentencia de 30 de octubre de 2000, *“en uso de la libertad estimativa que todo tribunal de justicia tiene para casos en que o no hay norma legal que expresamente regule el supuesto o la que hubiere no puede ser directamente aplicada, ... en definitiva decidiendo de manera arbi-*

trada (y como tal, lícita), que no arbitraria (lo que sería un ilícito por ir en contra de la prohibición contenida en el art. 9.3 CE)”, declara que la cuantía de la indemnización no debe exceder de cinco millones de pesetas.

Las dificultades para realizar una valoración precisa del daño objeto de resarcimiento han motivado, en efecto, que los Tribunales opten en numerosas ocasiones por aplicar el referido baremo en todos aquellos extremos para los que se estiman válidos los criterios contenidos en él, con la ventaja que proporciona una opción que permite al juzgador la objetivación al máximo de la indemnización reparatoria del perjuicio, sin que ello signifique, una vez tomado en consideración dicho baremo, que aquellos otros conceptos que no se encuentren comprendidos en él, o que lo estén en una medida insuficiente y escasamente acorde y proporcionada con la entidad del perjuicio, deban ser descartados o minusvalorados, porque entonces el citado baremo no estaría siendo utilizado con valor puramente orientativo (para el logro de una racionalización u objetivación que supere los problemas de valoración, como apunta este Consejo Consultivo en su dictamen 153/2001, entre otros), sino de una manera mecánica e incompatible con los principios que deben inspirar su utilización cuando ésta no resulta obligatoria por venir imperativamente impuesta en virtud de una norma, lo cual no equivale tampoco a aceptar que el operador jurídico adopte unos criterios y deseche otros a su libre albedrío. Concretamente, la percepción de este Consejo Consultivo es que una consideración como la que acaba de realizarse es tenida en cuenta, de manera implícita, en numerosas decisiones judiciales, especialmente cuando se trata de la reparación del daño moral.

En el sentido antes indicado, el Tribunal Supremo ha reiterado que no es posible olvidar “*el componente subjetivo en la fijación de la indemnización económica del perjuicio moral, reservada por ello al prudente arbitrio del Tribunal de instancia*” (sentencia de 1 de febrero de 2003, que en este punto sigue la doctrina sentada por otras anteriores del mismo Tribunal, como son, entre otras, las de 20 de julio de 1996, 24 de enero, 26 de abril y 5 de junio de 1997, 20 de enero de 1998, 2 de marzo de 2000, 16 de marzo, 18 de mayo, y 16 de diciembre de 2002), y ello “*sin otra limitación que la razonabilidad en su determinación*”, para lo que se tienen en cuenta las diversas circunstancias del perjudicado concurrentes (en el supuesto considerado por dicha sentencia, de tipo personal, familiar y sociolaboral).

Este principio del prudente arbitrio o del buen juicio, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, es empleado también en el Derecho comparado para la concreción de la indemnización en supuestos de estas características, ante la imposibilidad de realizar una valoración analítica, metódica e irrefutable, tratándose como se trata de la consideración de daños que se resisten a ser medidos o baremados con los cánones propios del saber matemático (a título de ejemplo en la decisión *M. Denaud* del *Conseil d’Etat* de 17 de mayo de 1999).

El Tribunal Supremo ha reiterado igualmente que, al cuantificar los perjuicios y cifrar la correlativa indemnización, en nuestro sistema “*rige el principio de reparación integral del daño sufrido por quien no tenía el deber de soporarlo, en función de otro principio implícito, el de la solidaridad social*”.

Estos criterios –señala dicho Tribunal–, que poseen una raíz profunda, han sido formulados explícitamente hasta consolidarse en doctrina legal, con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil a la jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho. “*En efecto, un conjunto muy numeroso de sentencias del Alto Tribunal ha proclamado, sin desmayo alguno, que la indemnización debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos, hasta conseguir la reparación integral de los mismos y con ello la indemnidad del derecho subjetivo o del interés lesionado*” (STS de 26 de octubre de 2002).

4.- Sentado lo anterior y en relación con las bases que en este supuesto han de servir para la determinación de la indemnización, de acuerdo con los principios jurisprudenciales expuestos, **este Consejo Consultivo considera preciso establecer dos importantes puntualizaciones**, que deberían ser observadas por la resolución que ponga fin al procedimiento.

A) La primera de dichas puntualizaciones tiene que ver con los daños que en este momento pueden ser objeto de indemnización. En este apartado, aun valorando el encomiable esfuerzo realizado por la Administración a la hora de definir los parámetros de cuantificación de la indemnización, hay que advertir que algunos de ellos no pueden ser tomados en consideración.

En efecto, así debe ser so pena de que la resolución del procedimiento incurra en contradicciones internas, amalgamando la consideración de daños actuales con daños hipotéticos, estos últimos en función de lo que se denomina “riesgo de evolutividad”, aunque éste se estima finalmente compensado

o anulado por la neoplasia mamaria concomitante que padece la interesada, de tal modo que, según aduce la Administración consultante, el contagio de la hepatitis C no influiría negativamente en los parámetros de capacidad funcional y esperanza de vida de la paciente, ya disminuidas estadísticamente en función de la tasa de supervivencia que corresponde al estadio en que se halla la citada enfermedad de neoplasia mamaria (< 10% para el estadio IV). Tanto es así, que la valoración de esta enfermedad preexistente se emplea en la propuesta de resolución para aplicar una reducción del 75% sobre la indemnización previamente calculada correspondiente a las alteraciones menores de la función hepática y a la ansiedad o síndrome depresivo moderado que se aprecian en este momento.

Sobre esta cuestión, hay que subrayar que la observancia de los requisitos legales que debe revestir todo daño indemnizable debe llevar a rechazar el planteamiento descrito y, por motivos similares, el del representante de la interesada, en tanto que ambos comprenden, implícita o explícitamente, la estimación de daños futuros que podrían derivar de la evolución de la enfermedad. En efecto, el Consejo Consultivo no comparte que las operaciones de cuantificación de la indemnización deban comprender también los daños hipotéticos que podrían devenir con la evolución desfavorable de la hepatitis C, hasta alcanzar, en el peor de los estadios posibles, la cirrosis hepática o el cáncer de hígado, culminando con el fallecimiento del paciente.

Ciertamente, el análisis de la práctica observada en algunos supuestos de indemnización para casos similares permite deducir que las cuantías fijadas

en ellos a favor de los afectados lo han sido en consideración a los perjuicios presentes y futuros que la enfermedad puede acarrear, dando por descontado no ya la necesidad de medicación y atención sanitaria frecuente o constante, el sometimiento a controles o revisiones periódicas, el deterioro progresivo de la salud y la incapacidad funcional aneja, sino incluso un final trágico, en atención al índice de cronicidad y a los porcentajes de mortalidad al cabo de un determinado período de tiempo (estadísticamente, como ya se anticipó, se afirma que del 1 a 20% de los pacientes con hepatitis C desarrolla cirrosis en un plazo aproximado de 20 años, y, anualmente aproximadamente el 2% de los pacientes con cirrosis desarrolla hepatocarcinoma).

En esta misma lógica de abarcar daños presentes y futuros (estos últimos como resultado de la estimación estadística) se explicaría que la indemnización total de 28.378,83 euros calculada por la Administración sirviera de base a la propuesta de terminación convencional del procedimiento ofrecida a la interesada, bajo la obligada premisa de la aceptación de la cláusula de renuncia por ésta a todo tipo de acciones posteriores para la exigencia de indemnizaciones no comprendidas en aquella suma.

Sin embargo, el Consejo Consultivo considera que lo que procede indemnizar a la interesada en este momento es el hecho mismo de haber sido infectada por el virus de la hepatitis C, comprendiendo el daño moral aparejado a la contracción de una enfermedad tan grave y limitativa, desde un principio, de las condiciones de la existencia –por la angustia vital y aflicción que genera el saberse sometido a un riesgo vital de

esas características—, con involuntaria restricción y menoscabo forzado, por ende, de las relaciones personales, familiares y laborales, fundamentalmente motivado por el temor al contagio de otras personas. Asimismo, deben indemnizarse las consecuencias físicas y psíquicas que de ella derivan y resultan objetivadas en este momento, las cuales sí pueden y deben ser acreditadas por las evaluaciones médicas pertinentes.

Ahora bien, esta solución de indemnizabilidad del daño actual, real y conocido, a la que sí se acoge la propia propuesta de resolución al evaluar los daños físicos y psíquicos de doña (...), tiene como contrapartida lógica la admisión de la posibilidad de futuras reclamaciones en función de la evolución de hepatitis C, lo cual viene demandado por la naturaleza misma del daño y enfermedad contraída, tal y como ha sido admitido por este Consejo Consultivo en diferentes supuestos que no permiten estimar agotadas las consecuencias dañosas generadas por la infección, porque éstas pueden manifestarse eventual y diferidamente a lo largo de un período de tiempo que igualmente se desconoce para el individuo que sufre la enfermedad, configurando unas secuelas no valoradas como daño en su momento. El propio baremo del que afirma partir la propuesta de resolución es consciente de esta problemática, llegando a contemplar la posibilidad de modificación de la indemnización o renta vitalicia fijada “*por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos*” (apdo. primero.9).

Lo que carece de lógica es postular que sólo es indemnizable el daño actualmente padecido y acordar una indem-

nización de cierre, incompatible con ulteriores reclamaciones ante daños no conocidos ni evaluados con anterioridad. Por el contrario, el Consejo Consultivo considera que, llegado el caso, el daño habría de ser evaluado, ajustando la indemnización al verdadero alcance de los perjuicios o lesiones resarcibles que se manifiesten, siendo esta una solución positivamente acogida por la doctrina en el Derecho comparado, por ser la más acorde con los principios que sustentan la responsabilidad patrimonial de la Administración. De esta manera se excluye también el pago anticipado de perjuicios hipotéticos, sobre la base de la figuración de padecimientos probables, en un delicado juego de representaciones y cursos causales hipotéticos que pueden llevar a dar por supuesta, indebidamente, una muerte, cuando existe un porcentaje elevado de posibilidades de que no se produzca, bien por la falta de desarrollo de la enfermedad cuyo virus ha sido accidentalmente inoculado, bien porque en el curso más desfavorable de ésta puedan intervenir nuevos factores, en un mundo en el que los avances científicos y los nuevos tratamientos médicos se suceden vertiginosamente.

B) La segunda puntualización se refiere a la indemnización por daño moral, y se realiza para descartar que en este punto pueda ser empleado el baremo aplicado por la Administración, en la medida en que tal opción es inadmisibles en términos conceptuales y axiológicos, además de producir un resultado irrazonable, estando como está asociada a la solución que debe considerarse en relación con la valoración de los perjuicios físicos y psíquicos.

En este sentido hay que hacer notar que la propuesta de resolución, a la hora de

considerar el daño moral, excluye por un lado el que correspondería a la propia interesada y beneficiaria de la indemnización, y lo hace en consideración a la prescripción del baremo utilizado, que, por un lado, al fijar los criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización, opta por una indemnización por daños morales igual para todas las víctimas (apdo. primero.7) y, por otro, al establecer el sistema de puntuación para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, determina claramente que en esas indemnizaciones se consideran incluidos los daños morales (tabla III). A lo anterior se añade, según dicho baremo, que tampoco resultaría aplicable el factor de corrección para las indemnizaciones básicas de lesiones permanentes por daños morales complementarios, puesto que la operatividad de esta indemnización tiene como presupuesto la existencia de una sola secuela que exceda de 75 puntos o la de varias concurrentes que superen los 90 puntos.

Partiendo de las premisas antes indicadas, la Administración consultante afirma que no se puede apreciar daño moral a las directamente afectadas por el contagio, puesto que éste queda englobado en la indemnización por lesiones orgánicas detectadas, y tampoco se considera la existencia de daño moral complementario, por no superarse el umbral de puntos establecido por el baremo para la entrada en juego de este factor de corrección.

Pues bien, siendo correctas tales apreciaciones desde la óptica aplicativa del baremo tomado en consideración, es precisamente en este punto donde se revela la gran paradoja: la contagiada no recibe indemnización autónoma

alguna en concepto de daño moral propio, siendo como es tal concepto indemnizable el de mayor entidad, muy por encima de los escasos daños físicos y psíquicos actualmente padecidos, que son objeto de valoración e indemnización y a los que se atribuye –bien es cierto que de acuerdo con el baremo empleado–, un valor absorbente de dicho daño moral. En cambio, sí sería objeto de indemnización el daño moral producido a familiares, ponderando el cambio que puede operarse en sus vidas, que en este supuesto no se considera sustancial, comparado, por ejemplo, con el que se produciría si el paciente fuese pentapléjico, en cuyo caso sí habría de considerarse la indemnización máxima por este concepto. Por ello se estima este factor de corrección en el 20% de la cantidad máxima prevista en tablas, esto es, 21.997,57 euros (20% x 109.987,87 euros).

En efecto, la rigidez del baremo llevaría a proceder como lo ha hecho la Administración en lo concerniente a la reparación del daño moral de la interesada, esto es, a rechazar la consideración autónoma del que se le pudiera haber producido a la paciente y principal perjudicada, que además es la única acreedora de la indemnización, incluida la partida derivada de la aplicación del mencionado factor de corrección de la tabla IV, aunque esta se intitule “*perjuicios morales familiares*”, lo cual no equivale a afirmar que sean éstos los acreedores y beneficiarios de la suma que en dicho concepto sea fijada, pues según el criterio ínsito en el apartado 1.4 del Anexo, no tratándose de un caso de fallecimiento de la víctima, es precisamente la superviviente la beneficiaria única del conjunto de indemnizaciones, con inclusión de la prevista como

tal factor de corrección, en vez de los familiares moralmente perjudicados.

El resultado que se obtiene es irrazonable e incongruente con la filosofía de reparación del daño que debe informar cualquier sistema de responsabilidad patrimonial: conceptualmente el sistema legal de indemnizaciones que se pretende aplicar impide que la perjudicada sea resarcida autónomamente por el daño moral propio, que se considera incluido en el resarcimiento de las lesiones orgánicas, y sin embargo es compensada por el daño moral producido a sus familiares en una cantidad tal que, con ser un porcentaje relativamente bajo (20%) sobre el total que podría concederse por este solo concepto, viene a la postre a alcanzar una cuantía que supone nada más y nada menos que el 75,51% del montante total indemnizatorio, mientras que las alteraciones hepáticas, la depresión, la incapacidad permanente parcial y el daño moral sufrido por la propia afectada, más la aplicación de un factor de corrección del 10% por ingresos, con valoración incluida del riesgo de evolución de la enfermedad, ascendería a 6.381,25 euros (un 24,49%).

Sin embargo, a la vista de dicho resultado y de conformidad con los principios que deben gobernar la reparación del daño en un supuesto como el que nos ocupa, este Consejo Consultivo considera que no resulta admisible la aplicación de dicho baremo en este punto, y en consecuencia la falta de valoración en su verdadera dimensión del daño moral producido a la interesada, so pretexto de estar ya incluido en la valoración de los secuelas físicas y psíquicas. Como se ha dicho anteriormente, la asintomatología de esta enfermedad en sus primeros estadios o

las alteraciones leves en la salud que puede ocasionar no deben hacernos olvidar que se trata, según los conocimientos actuales de la ciencia, de una enfermedad crónica y por ahora incurable, susceptible de contagio, con limitaciones evidentes para la vida personal y de relaciones de quién la padece y sus allegados y que puede derivar hacia consecuencias muy graves en un porcentaje nada despreciable (20% de los casos). El conocimiento de la realidad de esta enfermedad tiene necesariamente un impacto moral directo sobre quién la padece que no se puede entender compensado con la indemnización de las secuelas más tempranas, apenas manifestadas en su albor.

Sentado lo anterior, la dificultad estriba, como ya se anticipó, en la cuantificación de este daño moral, que requiere una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes y su comparación con supuestos similares, teniendo en cuenta además que la indemnización resultante para el conjunto de los perjuicios objeto de consideración podría sufrir variaciones en el futuro, si sobrevienen daños que hoy por hoy son hipotéticos y sólo acaecerán si la enfermedad avanza hacia fases más virulentas y de mayor afectación física y psíquica.

Las cuantías establecidas por los Tribunales Superiores de Justicia o por el Tribunal Supremo para casos similares son dispares y consisten en una cantidad a tanto alzado sin desglose mínimo y en contemplación de la totalidad de los daños alegados, los cuales se valoran atendiendo a las características de cada caso, apelando "*al uso de la libertad estimativa que todo tribunal de justicia tiene para casos que no hay una norma legal que expresamente regule*

el supuesto o la que hubiere no puede ser directamente aplicada” (STS, de 30 de octubre de 2000) y reconociendo la dificultad de plasmar en expresión matemática la indemnización correspondiente a los daños causados.

En el presente caso, el Consejo Consultivo considera que ese daño moral, cuya existencia no es puesta en duda en ningún momento por la Administración y debe aceptarse como cierto por simple presunción, puede ser suficientemente resarcido con la suma de 45.075 euros, de acuerdo con el buen juicio y con las percepciones sociales y antecedentes legales y jurisprudenciales, ponderando las circunstancias concurrentes y la limitación que en las condiciones normales de existencia y el ámbito de las relaciones personales produce la grave enfermedad contraída; cantidad en la que puede entenderse comprendida la partida por “perjuicio moral de familiares” y a la que deben sumarse las indemnizaciones por secuelas físicas y psíquicas actualmente padecidas.

Precisamente, en cuanto se refiere a los perjuicios sobre la salud de la interesada, hay que significar que su alcance no parece estar determinado con precisión a través del historial clínico e informes obrantes en el expediente. En la historia clínica consta informe de la Unidad de Hepatología del Hospital Universitario Virgen de las Nieves donde se refleja, aparte del hecho confirmado de ser portadora del virus de la hepatitis C, que la paciente no presenta hepatopatía, tiene las transaminasas normales y no precisa ningún tipo de tratamiento, indicándose la necesidad de revisión periódica. El representante de la interesada los relaciona en los escritos presentados, valorando como secuelas la “afección hepática evolutiva” (60

puntos) y el “síndrome depresivo post-traumático” (10 puntos), y apunta “el cambio de hábitos de conducta tanto personales como familiares, sociales y laborales de la afectada; las depresiones sufridas por la misma; y la inevitable evolución de la enfermedad...”.

Por su parte, la Administración sanitaria, que ha iniciado de oficio el expediente, no ha utilizado todos los medios probatorios a su alcance en orden a evaluar de manera individualizada los daños físicos y psíquicos sufridos por cada paciente tras el contagio de la hepatitis C, una vez que fue constatado el origen hospitalario de la infección, cargando buena parte del esfuerzo argumental sobre la evaluación de la situación preexistente a la hepatitis y su influencia en la moderación de la responsabilidad patrimonial que se piensa declarar. Ya se ha dicho que se han valorado unos daños (astenia, depresión e incapacidad permanente parcial) que este Consejo Consultivo no encuentra respaldados documentalmente en la historia clínica, y debe añadirse también que a falta de un examen individualizado que venga a plasmar en un informe médico la situación actual de la paciente, es de suponer que la valoración del facultativo del Servicio de Administración Interior, que sirve de base a la propuesta de resolución, obedece a una consideración teórica de las manifestaciones y secuelas típicas de esta enfermedad en su estadio inicial. En el estado en que se encuentra el expediente se desconoce qué tipo de tratamiento está siguiendo la paciente, si es que lo sigue.

Por tanto, para la fijación de los daños físicos y psíquicos que actualmente padece doña (...) por el contagio del virus VHC se deberán evacuar los

informes médicos pertinentes sobre la realidad concreta de la citada paciente, pudiendo efectuarse seguidamente una valoración de los mismos tomando como orientación el baremo de referencia, si bien con la salvedad ya expresada de no poder entenderse absorbido el daño moral por las indemnizaciones resultantes de esa partida de la tabla VI.

Por último, se ha de hacer referencia a la incapacidad permanente absoluta reconocida a la interesada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución de 12 de diciembre de 2002 y al efecto que puede tener el cobro de la pensión que haya podido acordarse en la indemnización de los daños y perjuicios reclamada. La compatibilidad de diversos conceptos indemnizatorios por un mismo hecho lesivo ya ha sido abordada por este Consejo (dictámenes 100/1998, 165/2000 y 260/2002), que ha expuesto la evolución jurisprudencial existente en esta materia.

Se ha de partir de una jurisprudencia cambiante, con conclusiones difícilmente desligables del enjuiciamiento del caso concreto. Inicialmente declaró la incompatibilidad de la percepción de una pensión extraordinaria derivada del régimen de Clases Pasivas con la indemnización de los daños y perjuicios fundada en el régimen de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración (SSTS de 9 de febrero de 1987 y 21 de marzo de 1989).

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 se manifiesta en sentido contrario, declarando la compatibilidad entre la indemnización de responsabilidad patrimonial con la pensión extraordinaria derivada del régimen de clases pasi-

vas, al considerar que la pensión percibida *“es una evaluación apriorística y objetiva del quebranto mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido”*, significando a continuación que la misma *“no cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa o cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares o profesionales”*. A partir de esta consideración se concluye que *“la pensión es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación”*. A todo ello añade la sentencia que cada uno de estos conceptos *“lleva ínsito un elemento o factor causal diferente, un título jurídico distinto...”*

Son muchos los pronunciamientos posteriores que proclaman la compatibilidad de percepciones en supuestos similares (SSTS de 20 de mayo y 19 de septiembre de 1996, 16 de abril de 1997, 16 de enero y 31 de mayo de 2001, entre otras), en los que ejerce una influencia decisiva la existencia de la dualidad de títulos de percepción de las diferentes sumas económicas. Abundando en esta cuestión, el Tribunal Supremo declara en su sentencia de 27 de marzo de 1998 que, sentado el criterio de compatibilidad legal entre unas y otras sumas, *“el principio de indemnidad integral ha de operar siempre, pues cada uno de los títulos indemnizatorios es independiente de los demás y debiendo de aplicarse sobre cada uno de ellos independientemente considerados ese principio de indemnidad sin ningún otro tipo de modulación o límite que el derivado de sus propios condicionamientos como título individual pues de lo contrario no podría hablarse de títulos indemnizatorios distintos”*. Por su parte, la sentencia de

20 de marzo de 2002 vuelve a analizar un supuesto en el que se juzga que la pensión extraordinaria es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento para alcanzar la plenitud de la reparación (necesidad de complemento de la vía específica que se vuelve a reconocer en SSTS de 12 de abril, 16 y 23 de octubre de 2002).

En su pretensión de reafirmar la compatibilidad entre la indemnización a cargo de la Administración por responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de un servicios público y las prestaciones de la Seguridad Social que pudieran tomar como presupuesto un mismo hecho lesivo, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1995 niega incluso que pueda ponderarse la existencia de aquellas prestaciones para fijar la medida real del daño sufrido y determinar la consiguiente indemnización reparadora a favor del lesionado. En este sentido manifiesta que la cuantía de las indemnizaciones que deben reconocerse en virtud de la responsabilidad patrimonial *“es del todo independiente de las prestaciones pagadas por la Seguridad Social, no pudiendo tomarse en cuenta estas prestaciones (como verificó el acto impugnado reproduciendo el contenido de un dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 25 de junio de 1987) para minorar el importe de las indemnizaciones procedentes en razón de la responsabilidad... ya que las prestaciones de la Seguridad Social tienen su causa en las cotizaciones que por razón del trabajo prestado se han venido abonando y son, por ello, completamente ajenas al instituto de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos (cfr: en este sentido la sentencia de la entonces Sala*

Cuarta de este Tribunal Supremo de 2 de abril de 1.985)”.

Conociendo la jurisprudencia favorable a la compatibilidad de unas y otras percepciones (con invocación, como se ha visto, de los diferentes títulos jurídicos que las generan), y los argumentos añadidos que presentan los supuestos de pensiones que tienen como presupuesto el pago previo y sostenido de una serie de cotizaciones, mantiene este Consejo Consultivo que, al analizar la compatibilidad de prestaciones e indemnizaciones derivadas de las secuelas y limitaciones funcionales que acarrea un único acontecimiento lesivo, no se puede perder de vista que, junto al fundamento que dichas prestaciones económicas puedan tener en el principio contributivo, tales supuestos siguen presentando, con mayor o menor intensidad, dependiendo de los casos, vinculaciones y raíces comunes afincadas en el principio de solidaridad del Estado Social y Democrático de Derecho.

En efecto, aun reconociendo que tales percepciones encuentran su fundamento más inmediato en distintos títulos y regímenes jurídicos, con sus respectivas exigencias y condicionamientos, lo cierto es que con tales percepciones dinerarias se acude a remediar la pérdida o menoscabo sufrido como consecuencia de hechos lesivos con repercusiones sobre la capacidad laboral y funcional del individuo. Es verdad también las prestaciones económicas contributivas del régimen de Seguridad Social están basadas generalmente en la acreditación de un periodo mínimo de cotización y calculadas en función de las cotizaciones o aportaciones del trabajador y del empresario (tratándose de trabajadores por cuenta ajena) durante el período objeto de considera-

ción, a los efectos fijar la base reguladora de la pensión. Prestación económica que, en su modalidad contributiva, trata de cubrir la pérdida de rentas salariales o profesionales que sufre una persona, cuando estando afectada por un proceso patológico o traumático derivado de una enfermedad o accidente, ve reducida o anulada su capacidad laboral de forma presumiblemente definitiva.

Verdad es también que la pensión contributiva con la que el régimen de protección trata de cubrir la pérdida de rentas asociada a la merma o entera anulación de la capacidad laboral puede haber sido originada por un proceso patológico o traumático que, a su vez, constituya una fuente de responsabilidad patrimonial si el daño ha sido consecuencia del funcionamiento de un servicio público. Pero el precedente obligado de las cotizaciones no puede llevar a proclamar una compatibilidad absoluta, cual si la pensión recibida fuese el equivalente matemático de la capitalización de las cotizaciones ingresadas, porque ello llevaría a desconocer que una parte sustancial del coste de ese tipo de prestaciones descansa sobre la solidaridad, justamente aquella que no guarda proporcionalidad con las cotizaciones sociales y queda a expensas de la colectividad, ya sea por los mecanismos redistributivos entre los asegurados que derivan de la propia configuración del sistema, ya por la concurrencia de vías de financiación concurrentes que son o han sido necesarias para el reconocimiento de tales prestaciones.

Tal y como exponía este Consejo Consultivo en su dictamen 100/1998, el núcleo del problema tratado no radica tanto en la dualidad o pluralidad de

títulos jurídicos, como en la necesaria armonización de los diversos mecanismos compensatorios que puedan converger en la reparación del daño, de manera que se consiga su reparación plena, sin que el hecho lesivo pueda convertirse, por la acumulación de prestaciones e indemnizaciones, en una fuente de enriquecimiento injusto a costa del erario público. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1996, ha precisado lo siguiente: *“La necesidad de evitar el enriquecimiento injusto comporta el principio de la compensación con otras reparaciones surgidas de regímenes jurídicos y por títulos ajenos al de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas... No obstante, el mero reconocimiento legal de aquéllas no lleva consigo una exclusión del régimen de responsabilidad patrimonial. Sólo será así cuando la ley lo prevea o cuando las circunstancias del caso concreto que se ha llegado a una reparación total confrontando la valoración de los daños y perjuicios causados con la cuantía de la indemnización o compensación obtenida. En los demás casos, se impone únicamente el tener en cuenta la reparación obtenida por otros conceptos al hacer las valoraciones encaminadas a determinar la cuantía de la indemnización procedente a título de responsabilidad patrimonial”*.

Planteada así la cuestión, la indemnización por la responsabilidad patrimonial de la Administración (despojada claramente en nuestros días del componente subjetivo-punitivo) debería entenderse de modo complementario con los otros medios de cobertura en favor de los lesionados, siempre que en todos ellos pueda apreciarse una proyección común del principio de solidaridad

sufragada por prestaciones patrimoniales de los ciudadanos.

No obstante, analizando el caso presente, la pensión que por incapacidad pueda haberse reconocido a la interesada (no hay constancia en el expediente del cobro de pensión alguna) no ha de considerarse como un medio concurrente de cobertura del daño irrogado por el contagio de la hepatitis C, ya que las secuelas tenidas en cuenta por el Equipo de Valoración del Instituto Nacional de la Seguridad Social para determinar el grado de incapacidad de la trabajadora doña (...) son fundamen-

talmente las derivadas de la enfermedad oncológica que padece la afectada y no las de la hepatitis C que también sufre. Por tanto, no procede detraer o compensar cantidad alguna en relación con la indemnización que por el concepto de incapacidad laboral parcial pretende reconocerle el SAS.

Por todo lo expuesto se **dictamina que procede adoptar acuerdo estimativo** de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el expediente tramitado por el SAS, iniciado de oficio por daños ocasionados a doña (...).”

CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Dictamen 307/2004.

Recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 2/2004 del Gobierno, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, sobre el Plan Hidrológico Nacional.

“...Primera.- Carácter del dictamen.

El artículo 10, apartado 5 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de Creación de este Órgano Consultivo, exige, el dictamen de este Consejo en relación con los recursos de inconstitucionalidad que el Gobierno Valenciano pretenda interponer.

Por su parte, el artículo 83 del Reglamento de este Consejo, aprobado por Decreto 138/1996, de 16 de julio, del Gobierno Valenciano, prescribe que la solicitud de dictamen, en este supuesto habrá de formularse con carácter previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

Mediante escrito del Conseller de Presidencia se solicita a este Consejo la emisión del dictamen que prevén los expresados artículos.

El ejercicio de las funciones consultivas por este Consejo es de legalidad plena, como resulta del artículo 2 de la Ley 10/1994, que dispone que en el ejercicio de la función consultiva este Consejo velará por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y el resto del ordenamiento jurídico, en cuyo conjunto normativo fundamen-

tará el Consejo su dictamen. Excepcionalmente se valorarán aspectos de oportunidad y conveniencia, si así lo solicita expresamente la autoridad consultante.

En el presente supuesto, la función de este Consejo se centra en el examen de la viabilidad jurídica del recurso de inconstitucionalidad.

Segunda.- Planteamiento de la cuestión.

El Plan Hidrológico Nacional fue aprobado por la Ley 10/2001, de 5 de julio, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 43 de la anterior Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

El Gobierno de la Nación, en su sesión del día 18 de junio de 2004, aprobó el Real Decreto-Ley 2/2004, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, sobre el Plan Hidrológico Nacional. El Real Decreto-Ley fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de junio de 2004.

El Gobierno Valenciano, en su sesión del día 21 de junio de 2004, acordó iniciar los trámites necesarios conducentes a la impugnación, ante el Tribunal Constitucional, del Real Decreto-Ley

2/2004, de 18 de junio, recabándose el dictamen previo a este Consejo.

En el ejercicio de su función, corresponde a este Consejo el análisis jurídico de la pretendida impugnación del Real Decreto-Ley 2/2004 ante el Tribunal Constitucional.

Para calibrar adecuadamente la viabilidad jurídica del recurso de inconstitucionalidad es preciso examinar una serie de cuestiones: **1)** La legitimación del Gobierno Valenciano para la interposición del recurso de inconstitucionalidad; **2)** El marco normativo del Plan Hidrológico Nacional; **3)** El procedimiento de elaboración del Plan Hidrológico Nacional; **4)** La configuración constitucional del Decreto-Ley; **5)** La adecuación del Real Decreto-Ley 2/2004 al texto constitucional desde el punto de vista formal; y **6)** La acomodación del citado Real Decreto-Ley, desde la vertiente material o sustantiva de la norma, al Texto Fundamental. Estas cuestiones se desarrollan en las consideraciones siguientes.

Tercera.- Legitimación del Gobierno Valenciano.

La Constitución Española reconoce, en su artículo 161.1 a), legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, entre otros sujetos, a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. El artículo 32 de la Ley Orgánica 3/1979, del Tribunal Constitucional, atribuye legitimación en los recursos de inconstitucionalidad a los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas, si se trata de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley de Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional efectuó, en su Sentencia 25/1981, una interpretación restrictiva de la legitimación de las Comunidades Autónomas, al afirmar que *“aunque no son ni pueden ser consideradas ajenas al interés general del Estado, la defensa específica de éste es atribuida por la Constitución al Gobierno”*. Y señala que es *“coherente que la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier clase de leyes y disposiciones con valor de ley corresponda sólo a aquellos órganos o fracciones de órganos que por su naturaleza tienen encomendada la tutela de los intereses públicos generales (art. 32.1) y que la legitimación conferida a los órganos de las Comunidades Autónomas, de acción objetivamente ceñida al ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares, esté reservada a las normas que las afecten (art. 32.2)”*.

Dicha importante Sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular -suscrito por cuatro magistrados- en el que se recoge, la que constituyó, en un primer momento, el criterio minoritario del Alto Tribunal. En él se mantiene un concepto más amplio de la legitimación de las Comunidades Autónomas al considerar que la expresión *“puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”* es *“más amplia que la suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución a la Comunidad, pues abarca también la defensa de sus intereses políticos específicos. Con tal que se dé este punto de conexión exigido por el artículo 32.2 LOTC las Comunidades Autónomas podrán impugnar una Ley del Estado y al hacerlo estarán actuando no en defensa de una competencia suya pre-suntamente vulnerada, lo que constitu-*

ye la esfera propia del conflicto de competencias (arts. 60 y ss. LOTC), sino en defensa del orden constitucional”.

La doctrina del Tribunal Constitucional experimentó su primera evolución en la Sentencia 84/1982, en la que, con ocasión de la impugnación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, expresó que “(...) *que la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende objetivamente al ámbito de sus intereses peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de competencias de la Comunidad Autónoma, plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía, es, simplemente el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que se intenta, pero el objetivo que ésta persigue, la pretensión a que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional*”. En la Sentencia 26/1987, reitera de nuevo su postura señalando que “*por lo que se refiere a la interpretación del art. 32.2 de la LOTC ya hemos declarado que dicha concreción no puede producir una reducción de la legitimación de las Comunidades Autónomas que no está justificada por el texto del propio precepto legal ni por otras consideracio-*

nes”. Igual doctrina se sigue en la Sentencia 74/1987, en la que mantiene que la legitimación de las Comunidades Autónomas no se identifica con la defensa de un ámbito competencial concreto.

El criterio jurisprudencial se consagra definitivamente en la Sentencia 199/1987, en la que se dice, en definitiva, que “*la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado, está legitimada para actuar no sólo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que regula, en la medida que en el ejercicio o despliegue de las funciones que le correspondan puede verse afectado –como textualmente dispone el art. 32.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal– por la norma recurrida*”.

Centrándonos en el asunto objeto de dictamen, la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, dispuso una serie de previsiones en su Capítulo III del Título I, que autorizaban un trasvase del Ebro, cuencas hidrográficas de Cataluña, del Segura, del Túrria y del Sur, con la finalidad de trasladar el agua a determinadas regiones afectadas profundamente por la escasez de este recurso natural. Entre dichas regiones se encuentra, evidentemente, la Comunidad Valenciana, para la que el Plan Hidrológico Nacional constituía una forma de distribuir equitativa y solidariamente el agua entre las distintas Comunidades Autónomas. Con la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2004 ha quedado suprimida la posibilidad de la construcción del trasvase, proveyéndose otro sistema de suministro de agua que –a juicio del Gobierno Valenciano– no resulta igualmente efectivo y solidario.

Estas consideraciones evidencian que la norma aprobada por el Ejecutivo estatal afecta a los intereses propios de la Comunidad Valenciana, en la interpretación amplia dada por el Tribunal Constitucional a la expresión contenida en el artículo 32.2 LOTC, y ello sin perjuicio de que la legitimación de la Comunidad Autónoma puede ir orientada –y se orienta– a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico.

En todo caso, debe resaltarse que no nos encontramos ante un conflicto de defensa de la competencia (artículos 65 y ss. LOTC) en el que la Comunidad Autónoma Valenciana pretenda reivindicar una competencia –en el sentido habitual del término–, que es ejercida por otro sujeto, sino que se trata de un recurso de inconstitucionalidad (artículos 31 y ss. LOTC), por medio del cual el Gobierno Valenciano actúa en defensa de los intereses que considera propios de la Comunidad Valenciana y con la finalidad, a su vez, de eliminar del ordenamiento jurídico aquella norma que estima contraria al orden constitucional.

Dicho esto, nada obsta a la legitimación activa del Gobierno Valenciano en aras a la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 2/2004, del Gobierno de la Nación, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, de Plan Hidrológico Nacional.

Cuarta.- Marco Normativo del Plan Hidrológico Nacional.

La Ley de Aguas de 13 de julio de 1879, modificada por normas posteriores, constituyó la clave jurídica del agua en nuestro país durante largo tiempo. Dicha Ley y su precedente la

Ley de 1866 declararon el carácter público de las aguas superficiales. El hecho de que la Ley de 1879 careciera de una planificación hidrológica determinó que no resultara totalmente eficaz en la práctica, lo que unido a la nueva organización territorial del Estado exigió un nuevo marco legal, la Ley 29/1985, de 2 de agosto.

La planificación de los recursos hídricos constituyó la gran novedad de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, como forma más eficaz de intervención pública de la gestión del agua.

La Ley 29/1985 estableció dos tipos de planes: el Plan Hidrológico Nacional y los Planes Hidrológicos de cuenca. Con dicha Ley se extendió, por primera vez, la Planificación hidrológica a todo el territorio nacional, y se incluyó, como la primera de las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico, la Planificación hidrológica.

Dicha Ley concibió los planes hidrológicos como el instrumento central para la ordenación de las aguas, a los que debía de someterse toda la actuación sobre el dominio público hidráulico.

El Plan Hidrológico Nacional y los Planes Hidrológicos de cuenca se diferencian por su rango normativo. Mientras el Plan Hidrológico Nacional ha de aprobarse mediante Ley, los Planes Hidrológicos de cuenca se aprueban por Real Decreto del Gobierno, teniendo carácter reglamentario.

Por Real Decreto 1664/1998 se aprobaron todos los Planes Hidrológicos de cuenca Intercomunitarios y el Plan de las Cuencas Intercomunitarias de Cataluña. En su Exposición de Motivos se

señala que con la aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca culmina el proceso planificador que se encuadra en el título competencial que le asigna al Estado el artículo 149.1.13 de la Constitución Española, que ha supuesto más de una década de trabajo y lo hace en un clima de consenso entre usuarios y Administraciones implicadas que abre la puerta al Plan Hidrológico Nacional, que cerrará, en el horizonte previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, una etapa abierta con su aprobación.

En el marco europeo destaca la aprobación de la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se fija el marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. La Directiva contribuye a garantizar el suministro del agua con la calidad necesaria y en la cantidad suficiente que requiere su uso sostenible.

El Plan Hidrológico Nacional fue aprobado por la Ley 10/2001, de 5 de julio. Su elaboración fue fruto de la intervención de varios departamentos Ministeriales relacionados con los usos hidráulicos, lo que permitió tener en cuenta diferentes perspectivas sobre el uso y la utilización del agua.

Como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 10/2001, el artículo 45.2 de la CE impone a los poderes públicos velar por la correcta utilización de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

El agua constituye un recurso natural de primera necesidad, cuya disponibili-

dad debe ser objeto de una adecuada planificación que posibilite su uso racional.

En nuestro país, como señala la citada Exposición de Motivos, el agua es un recurso escaso, marcado por graves desequilibrios híbridos debidos a su irregular distribución. El Plan Hidrológico Nacional diseñado en la Ley 10/2004, atiende a la resolución de tales desequilibrios.

El punto central de la Ley lo constituye, por tanto, la regulación de las transferencias de los recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de los distintos Planes Hidrológicos de cuenca, como solución que ha adoptado el legislador para procurar una satisfacción racional de las demandas en todo el territorio nacional. La Exposición de Motivos limita la regulación de las transferencias a aquellos supuestos justificados en poderosos motivos de interés nacional, que responden a situaciones de carencias estructurales acreditadas en el tiempo.

Actualmente, la regulación del dominio público hidráulico y el uso del agua se encuentran previstos en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, cuyo artículo 45 se refiere al contenido del Plan Hidrológico Nacional.

Quinta.- Procedimiento de elaboración del Plan Hidrológico Nacional.

El Plan Hidrológico Nacional, aprobado por la Ley 10/2001, fue sometido a una elaborada tramitación prelegislativa. Conforme a lo previsto en la entonces vigente Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, el Ministerio de

Medio Ambiente asumió la elaboración, con apoyo del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), de un anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional y del oportuno documento técnico complementario. Al mismo tiempo intervinieron los demás Departamentos ministeriales relacionados con el uso de los recursos hidráulicos.

En fecha 14 de julio de 2000, el Consejo de Ministros autorizó la preceptiva remisión del borrador del Anteproyecto de la Ley del Plan Hidrológico Nacional al Consejo Nacional del Agua, máximo órgano consultivo en esta materia. Entre los objetivos del Anteproyecto se encontraba “lograr el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, en aras a conseguir la vertebración del territorio nacional”, y entre las medidas propuestas, la previsión y las condiciones de transferencias de recursos hidráulicos (trasvases) entre ámbitos territoriales de distintos Planes Hidrológicos de cuenca.

El Consejo de Ministros dio su aprobación el 14 de julio de 2000 al Programa de Inversiones del Plan Hidrológico Nacional 2000-2008. Por su parte, el Consejo Nacional del Agua, después de cinco meses de trabajo, aprobó el 30 de enero de 2001, su informe favorable al Anteproyecto del Plan Hidrológico Nacional.

El 9 de febrero de 2001, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional, remitiéndolo a las Cortes Generales para su debate y aprobación. La tramitación parlamentaria concluyó el 5 de julio con la aprobación de la Ley 10/2001, sobre el Plan Hidrológico Nacional.

El proyecto del trasvase del Ebro a los ámbitos territoriales de las cuencas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur, fue presentado el 7 de marzo de 2002 por el Ministro del Medio Ambiente. El Estudio de Impacto Ambiental del trazado del trasvase del Bajo Ebro y el proyecto de transferencias de agua desde el Bajo Ebro a las cuencas internas de Cataluña y a las del Júcar, Segura y Sur, fueron presentados el 2 de junio de 2003, y sometidos a información pública durante dos meses.

Posteriormente, por Resolución, de 31 de octubre de 2003, de la Secretaría General de Medio Ambiente, se formuló Declaración de Impacto Ambiental sobre el proyecto de transferencias autorizadas por el artículo 13 de la Ley 10/2001, sobre el Plan Hidrológico Nacional, de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas, del Ministerio de Medio Ambiente. La evaluación ambiental del trasvase establece 210 medidas ambientales para proteger la fauna, la vegetación, las aguas y los espacios protegidos de la Red Natura 2000 a lo largo de todo el recorrido.

Mediante el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, del Gobierno del Estado se ha derogado parcialmente la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en la parte relativa a la transferencia de caudales: artículos 13, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 36.4, segundo inciso de la expresada Ley, así como el artículo 125 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

El expresado Real Decreto-Ley sustituye el sistema adoptado por el Parlamento sobre transferencia de caudales (Ebro-cuencas interiores de Cataluña, del Segura, del Júcar y del Sur) por el sistema de las desaladoras.

Sexta.- Configuración constitucional del Decreto-Ley.

Tal como prevé el artículo 66.2 de la Constitución Española, las Cortes Generales, como representantes del pueblo español, ejercen la función legislativa del Estado. Ahora bien, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un rígido principio de división de poderes, sino atenuado, de forma que el Poder Ejecutivo también ejerce funciones legislativas por medio de los Decretos Legislativos y de los Decretos-Leyes (artículos 82 y 86 CE).

El artículo 86.1 CE habilita al Gobierno para dictar, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decretos-Leyes. El Decreto-Ley se configura, de este modo, como una norma con rango de ley emanada del Poder Ejecutivo que interinamente sustituye al Poder Legislativo. Como mantiene el Tribunal Constitucional en la Sentencia 29/1982, el Decreto-Ley constituye *“una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman”*.

La primera de las cuestiones que se plantea en relación con el Decreto-Ley radica, por tanto, en el artículo 86.1 CE que permite al Gobierno la posibilidad de adoptar acciones normativas que de ordinario competen al poder legislativo, y ello cuando se dé una situación caracterizada por las notas de “extraordinaria” y “urgente” necesidad. El Decreto-Ley se convierte en un instrumento para acometer una acción legislativa inmediata.

Conforme a la dicción constitucional, el presupuesto habilitante que permite al Gobierno hacer uso de la facultad de dictar normas legislativas con rango de ley lo constituye la “extraordinaria y urgente necesidad”; concepto jurídico indeterminado, cuya primera apreciación le corresponde al Gobierno como titular de la potestad de dictar Decretos-Leyes, sujeto al control parlamentario subsiguiente.

Para precisar adecuadamente el significado del Decreto-Ley y concretar su presupuesto habilitante, procede traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia.

En la Sentencia de 4 de febrero de 1983, configuró el Decreto-Ley *“como el instrumento del que es posible hacer uso para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción legislativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes. La justificación del Decreto-ley podrá también darse en aquellos casos en que por circunstancias o factores, o por su compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida”*.

Ahora bien, a pesar de que la apreciación de la “extraordinaria y urgente necesidad” le corresponda, en una primera instancia al Ejecutivo, ello no significa que no esté sometida al control, por el Parlamento, e incluso, por el Tribunal Constitucional. Éste, en su Sentencia 29/1982, mantiene que el hecho de que lo que haya de considerarse como caso de “extraordinaria y urgente

necesidad” sea forzosa concederla al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, *“no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del T.C., en cuanto sea necesario para garantizar un uso del Decreto-ley adecuado a la Constitución”*. De este modo, el Tribunal Constitucional podrá, *“en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como caso de extraordinaria y urgente necesidad, de tal naturaleza que no puede ser atendida por la vía del procedimiento legislativo de urgencia. Es claro que el ejercicio de esta potestad de control del Tribunal implica que dicha definición sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan”*.

En la Sentencia 111/1983 refiere que *“Al Decreto-ley no podrá ciertamente acudir fuera de las previsiones del artículo 86.1, y si se hiciera, quebrantando con ello los supuestos del orden constitucional democrático, corresponderá al Congreso en vía del artículo 86.2 velar porque esto no sea así, sin perjuicio de que dentro de las coordinadas constitucionales y como control jurídico pueda residenciarse ante este Tribunal, tanto en una confrontación del contenido del Decreto-ley con la norma constitucional como –y aun con prioridad– en una confrontación en orden a su regularidad dentro del marco de limitaciones que dice el artículo 86.1”*.

La competencia del Tribunal Constitucional le viene atribuida por los artículos 161.1, a) CE, y 27.2, b) de la Ley 3/1979, Orgánica del Tribunal Consti-

tucional (LOTIC), atendiendo, según reza la Sentencia 29/1982, a criterios estrictamente jurídico-constitucionales, cimentados sobre la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado o no los requisitos exigidos por la Constitución para que el Gobierno pueda ejercer la potestad normativa excepcional de dictar Decretos-Leyes y, de otra, si del contenido material de la norma se deriva o no una violación de la Constitución.

El control jurisdiccional corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional que deberá examinar tanto los aspectos formales (la competencia, los defectos de procedimiento, etc.) como el aspecto material, es decir, si infringe o no el contenido de la Constitución.

En la delimitación de lo que deba interpretarse como “extraordinaria y urgente necesidad”, resulta significativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Nuestro Alto Tribunal se pronunció por primera vez sobre el Decreto-Ley en su Sentencia 29/1982, en la que expresó que *“en principio, y con notable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideración de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por la vía del decreto-ley”*.

La jurisprudencia constitucional, más que tratar de definir cuándo puede estimarse que exista una situación de extraordinaria necesidad, fija un límite negativo en el que califica inexistente dicho supuesto: *“los supuestos de uso abusivo o arbitrario en los que se detecta una manifiesta ausencia, sea del supuesto habilitante, sea de la conexión de sentido”*.

La “urgencia” es el elemento determinante que permite el ejercicio de la potestad legislativa del Gobierno establecida en el artículo 86 de la Constitución. Por otro lado, es imprescindible que exista una conexión entre la situación de urgencia que se pretende resolver y el Decreto-Ley. La “urgente necesidad” consistente, por tanto, en una inmediata necesidad de actuar jurídicamente. Su noción tiene un carácter funcional, y no conceptual, lo que impone un carácter relacional entre una determinada situación fáctica y las medidas a adoptar, lógicamente, por referencia al tiempo. Lo “urgente” y lo “extraordinario” son dos calificativos de la situación de “necesidad”.

Otra cuestión conectada con la facultad de dictar Decreto-Leyes es la necesaria “adecuación de sentido” entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y la medida a adoptar. El examen del presupuesto de hecho habilitante exige no sólo la apreciación de una situación “extraordinaria y urgente” que demande una pronta reacción jurídica, sino además unas medidas que se adecuen a las necesidades planteadas; todo lo cual debe llevar al Gobierno a motivar la adopción del Decreto-Ley.

A modo de conclusión, nuestra jurisprudencia constitucional califica de urgente necesidad, toda situación que exige una respuesta jurídica en un tiempo inferior al que se necesita para tramitar un proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia. Además, el Alto Tribunal impone la necesaria conexión de sentido, o lo que es lo mismo, una relación de adecuación entre la situación de urgencia apreciada por el Gobierno y las normas dictadas al efecto. Lo que exige en el supuesto en que el Decreto-Ley afecte a normas vigentes una conexión

entre la norma derogante y la derogada con la situación de urgencia. Esta conexión exige por lo que a la norma derogada respecta, que ésta sea de aplicación inmediata y directa, sin que por tanto sea viable la utilización del Decreto-Ley, para la simple derogación de una norma que, por su propia estructura y contenido, no es inmediatamente eficaz. Además, esta conexión estructural también debe existir en la norma derogante (STC 29/1982), lo que no concurre cuando ésta norma “urgente” exige medidas posteriores para su desarrollo y aplicación, difiriendo esta última a normas reglamentarias que se aprobarán después.

La recopilación de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal tiene como pretensión evidenciar que el Decreto-Ley como disposición normativa con rango de ley no escape al control de constitucionalidad. Un control que, si bien limitado por la apreciación política que conlleva el presupuesto habilitante, no elimina el control jurídico de dicho Tribunal, y la posibilidad de que se rechace la apreciación efectuada por el Gobierno, estimado que se trata de un uso abusivo o arbitrario de la potestad de dictar Decretos-Leyes.

Séptima.- Análisis jurídico del Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, desde la perspectiva formal.

El examen jurídico del Real Decreto-Ley 2/2004 debe efectuarse desde un triple plano: **A)** el del presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad; **B)** el de la “adecuación o conexión de sentido” entre la situación de urgencia y la medida adoptada; y **C)** el del derecho de participación de la Comunidad Autónoma y del principio de lealtad institucional.

A) Presupuesto de hecho habilitante: situación de extraordinaria y urgente necesidad.

1. Como ha quedado expuesto, el presupuesto de hecho habilitante que legitima al Poder Ejecutivo para dictar un Decreto-Ley lo constituye una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”.

No puede desconocerse, a los efectos del control jurídico de dicho presupuesto, que lo que ha de entenderse como situación de “extraordinaria y urgente necesidad” corresponde, en un primer término, al juicio del Gobierno o Poder Ejecutivo, y en última instancia al Tribunal Constitucional. Es cierto que el expresado presupuesto constituye un concepto jurídico indeterminado, pero no por ello deja de estar exento de control constitucional, como ha quedado expuesto anteriormente.

También el Congreso de los Diputados, -a quien compete convalidar el Decreto-Ley en el plazo de treinta días desde su promulgación (artículo 86.2 de la Constitución)-, está facultado, como es obvio, para apreciar o no la concurrencia de la “*extraordinaria y urgente necesidad*”.

Tampoco puede ignorarse que las normas jurídicas pueden afectar a los legítimos intereses de terceros sujetos, -como es el caso de las Comunidades Autónomas-, quienes gozan del derecho a cuestionar la apreciación efectuada por el Poder Ejecutivo, así como a interponer recurso de inconstitucionalidad. Por tanto, de igual manera que el Gobierno de la Nación puede apreciar que existía “*extraordinaria y urgente necesidad*” para aprobar el Decreto-Ley 2/2004, el Gobierno Valenciano

puede estimar que no existe tal necesidad e impugnar, por ello, el Decreto-Ley.

2. Un primer dato que permite apreciar al Gobierno Valenciano que no nos encontramos ante una situación de “*extraordinaria y urgente necesidad*” es el lapso de tiempo transcurrido desde que el Gobierno tuvo intención de derogar el Plan Hidrológico Nacional hasta el momento en que lo ha efectuado por vía de Decreto-Ley 2/2004. Es públicamente conocido que con bastante anticipación a la adopción de éste, el Gobierno de la Nación manifestó su voluntad política de proceder a la derogación del Plan Hidrológico Nacional. Sin embargo dicha actuación no se ha efectuado hasta mucho después de que tal propósito fuese conocido. Ello permite evidenciar que no existe realmente una situación tan extraordinaria y urgente que requiera de un Decreto-Ley, y que no pudiera haber sido resuelta mediante un proyecto de ley tramitado por el procedimiento de urgencia. Esta sola argumentación se estima suficiente como para entender que el Gobierno puede haberse excedido en el uso de su potestad de dictar Decretos-Leyes. La interpretación del presupuesto habilitante del Decreto-Ley no debe ser tan amplia que llegue a desnaturalizar la finalidad y propósito originario de dicha figura.

3. El Decreto-Ley debe motivarse, con la finalidad de vislumbrar con claridad cuáles han sido las razones y la situación que ha llevado al Ejecutivo a hacer uso de una facultad tan excepcional como la que se cuestiona. Dicha motivación puede y debe venir reflejada en la propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley.

Dicho cuanto antecede, el primer punto de referencia de nuestro análisis –parafraseando al Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/2002- es el constituido por dicha parte expositiva del Decreto-Ley. Es de resaltar, al respecto, que el Gobierno efectúa, en los nueve primeros párrafos de aquélla, una serie de valoraciones acerca de las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título I de la Ley 10/2001, de 5 de julio, referido a las previsiones ligadas a las transferencias de agua entre el bajo Ebro y las cuencas hidrográficas internas de Cataluña, del Júcar, del Segura y del Sur.

En su discurso, el Poder Ejecutivo estima que dichas previsiones fueron adoptadas “*bajo unos supuestos objetivos de racionalidad, eficiencia socioeconómica y ambiental, que distintos informes técnicos han puesto en entredicho...*”. Posteriormente, refiere una serie de aspectos que, a su juicio, no han merecido la atención del Legislador de la Ley 10/2001. Se efectúan observaciones como las siguientes: *que los costes han sido sistemáticamente infravalorados; que no se han analizado adecuadamente los efectos de una posible reducción de las cantidades de agua a trasvasar; que no se han adoptado las medidas necesarias para la protección del río Ebro; la apreciación de una ausencia de rigor necesario en los estudios sobre la disponibilidad efectiva de agua a trasvasar; que no queda garantizado el cumplimiento de las cautelas ambientales y socioeconómicas previstas en la legislación de aguas, etc.*”.

De la lectura de lo expuesto se deduce que el Gobierno se limita, en una primera parte de la exposición de motivos, a mostrar su propio parecer en

relación con unas previsiones adoptadas por el Legislador de la Ley 10/2001. Estas previsiones –como consta en la Exposición de Motivos de esta citada Ley 10/2001, párrafo séptimo-, fueron fruto de la participación, no sólo de las diferentes Administraciones Públicas, sino también de la sociedad civil, a través de un amplio proceso de participación social iniciada con el desarrollo y aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca, así como con la elaboración y discusión del Libro Blanco del Agua, y de las deliberaciones del Consejo Nacional del Agua. Además, la decisión adoptada por el Legislador lo fue sobre documentos técnicos que constituyen los antecedentes y presupuestos del Plan, “*objeto de publicación para que en cualquier momento todo interesado pueda conocer los fundamentos sobre los que se asienta la Ley*” –según su exposición de motivos-.

Según su Exposición, parece que el Gobierno pretenda obviar la apreciación efectuada por el Legislador de la Ley 10/2001, que se promulgó tras un largo proceso en el que se emitieron diversos Informes y participaron las Administraciones implicadas. La sustitución del criterio del Legislador por el del Ejecutivo no se corresponde, sin más, con una situación de “*extraordinaria y urgente necesidad*”, salvo que la urgente necesidad se entendiera, desviadamente, como la “*necesidad*” de obviar los cauces procedimentales de participación.

Al respecto hay que indicar que no resulta trasladable al presente caso la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 60/1986 en la que relativiza el concepto de “*extraordinaria y urgente necesidad*”,

al entender que concurría el presupuesto habilitante del Decreto-Ley por el hecho de que, habiendo ganado el partido en el Gobierno, por primera vez unas elecciones, deseara realizar cambios en la estructura administrativa para poder llevar adelante su programa político.

Dicho caso constituyó un supuesto excepcional, motivado por razones organizativas en el marco del funcionamiento interno estatal, sin afectar, por otro lado, a intereses o derechos de terceros, como ocurre en el caso objeto de nuestra atención.

4. Tras efectuar las correspondientes apreciaciones, el Poder Ejecutivo argumenta, en el párrafo décimo de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 2/2004, que *“Es necesario por todo ello adoptar mediante Real Decreto Ley unas medidas cuya urgencia se justifica en las razones hasta aquí expuestas...”*.

El hecho de que el Gobierno no comparta, desde un punto de vista técnico y de oportunidad, el criterio y los informes o documentos técnicos sobre los que el legislador consideró procedente adoptar las previsiones del Capítulo III del Título I de la Ley 10/2001, no es justificativo, como se ha indicado anteriormente, de una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Si la expresión *“por todo ello”*, con la que el Ejecutivo pretender amparar su Decreto-Ley, se circunscribe a las valoraciones efectuadas con anterioridad en el texto de la norma, no consta acreditado -como debiera- el presupuesto de hecho habilitante que exige el artículo 86.1 de la Constitución, pues de dichas argumentaciones no resulta ni se deduce una situación “extraordinaria”, ni

“urgencia” alguna, desde un análisis jurídico.

No se ha producido una situación fáctica sobrevenida que obligue al Poder Ejecutivo de forma imperiosa a dictar una norma para afrontar una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, sino que nos encontramos ante la misma realidad existente al tiempo de la aprobación de la Ley 10/2001 y durante sus tres años de vigencia.

5. Ahora bien, continúa el párrafo décimo de la Exposición de Motivos señalando que *“carecería de toda racionalidad continuar invirtiendo en las obras necesarias para realizar un trasvase que no se va a llevar a cabo. Además de un evidente despilfarro de recursos públicos...”*. Dos observaciones merece dicho inciso:

a) El objeto del Decreto-Ley es, precisamente, que no se lleve a cabo el trasvase (*“que no se va a llevar a cabo”*, dice la exposición de motivos), por lo que el propio objeto de la norma no puede ser utilizado, ni convertirse, en la propia justificación de la disposición, ya que ello conduce a un círculo vicioso que hace vulnerable la argumentación jurídica que sirve de justificación al Decreto Ley. El Ejecutivo lo que ha de explicitar es la existencia de una situación de *“extraordinaria y urgente necesidad”* que le lleva a derogar las previsiones del capítulo II del Título I de la Ley 10/2001 -sobre el trasvase-, por vía de Decreto-Ley, y no por medio de un proyecto de ley tramitado por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia.

b) Por otro lado, debe advertirse que invertir en el trasvase del Ebro-cuencas hidrográficas de Cataluña, del Júcar,

del Segura y del Sur, aprobado por las Cortes Generales en la Ley 10/2001, no puede considerarse un “despilfarro de recursos públicos”, pues aquél fue adoptado previa la correspondiente tramitación parlamentaria, participación de los distintos sectores afectados, y documentación e informes técnicos necesarios.

6. El concepto de “extraordinaria y urgente necesidad” que se contiene en la Constitución no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante Decretos-Leyes (STC 182/1997).

La interpretación del presupuesto habilitante no debe ser tan generosa que desvirtúe el fundamento originario del Decreto-Ley, pues ello conduciría a una utilización abusiva y arbitraria de éste. La técnica del Decreto-Ley no puede convertirse en un instrumento en manos del Ejecutivo que le permita transformar una situación de mera conveniencia o de comodidad política en una situación de “*extraordinaria y urgente necesidad*”. La presentación por el Gobierno de un proyecto de ley ante las Cámaras era factible, pues para atender propósitos como el que pretende el Gobierno existe un procedimiento de urgencia que acorta los plazos a la mitad, y que aun puede ser más abreviado si se acuerda delegar en las Comisiones legislativas permanentes la aprobación del proyecto de ley (artículo 75.2 CE).

Resulta un tanto paradójico que la Ley 10/2001, de 5 de julio, haya sido aprobada por el titular de la potestad legisla-

tiva “tras un dilatado proceso de planificación que se ha prolongado durante quince años” –según reza la exposición de motivos–, y sin embargo, el Ejecutivo, a quien solamente la Constitución le atribuye la posibilidad de dictar Decretos-Leyes en casos muy excepcionales, y ante situaciones de “extraordinaria y urgente necesidad”, haya derogado parte de dicha Ley, sin ningún tipo de reparo jurídico. Es cierto que, desde el punto de vista jurídico, nada obsta a que un Decreto-Ley, como disposición normativa con rango de ley, pueda modificar o derogar una ley previamente aprobada por el legislativo. Ahora bien, la trascendencia de la materia regulada en la expresada Ley –el Plan Hidrológico Nacional, el trasvase del Ebro, la distribución solidaria del agua–, así como la repercusión social que había despertado el tema entre las regiones afectadas por la escasez del agua, y la necesidad de atender su demanda, aconsejaban que fuese de nuevo el legislador quien procediese, como representante del pueblo español, artículo 66.1 CE, a efectuar las modificaciones que estimase procedentes en una ley de tanta envergadura e importancia social.

7. Por último, no se da el requisito (SSTC 6/1983, 111/1983, 29/86, entre otras) de una difícil previsibilidad de las situación que requiera una acción normativa inmediata, que se configura como elemento de la urgencia, ya que si la situación era previsible ex ante, pudo afrontarse por la vías adecuadas (procedimiento legislativo ordinario o de urgencia).

En el supuesto que se analiza, pudo preverse ex ante la situación y utilizar los expresados mecanismos legislativos, sin que en ningún caso afectase a la situación existente.

B) La “adecuación o conexión de sentido” entre la situación de urgencia y la medida adoptada.

Como ha quedado dicho al recoger la jurisprudencia constitucional en materia de Decreto-Ley, el Tribunal Constitucional exige una “conexión de sentido” entre la situación de urgencia que se pretende afrontar y la norma legislativa provisional adoptada a tal fin.

En la Sentencia 11/2002 se argumenta que *“el control constitucional sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad no se circunscribe a la sola constatación de una situación de urgencia, en sí misma considerada, sino que también incluye la verificación de la imprescindible conexión de sentido, conexión de justificación, o relación de adecuación que ha de existir entre la urgencia apreciada por el Gobierno autor de la norma y las medidas efectivamente instrumentadas para afrontar, desde el punto de vista de la formación excepcional, aquella situación caracterizada por la urgencia”*. En este sentido en la STC 137/2003 se señala que *“Una vez determinadas las razones de urgencia expresadas por el Gobierno, el segundo elemento a analizar por este Tribunal en el control del presupuesto habilitante es la conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontar la misma”*.

Si analizamos la norma que parcialmente queda derogada, la Ley 10/2001, sobre el Plan Hidrológico Nacional, se observa que no constituye una norma de “aplicación inmediata”. El Plan Hidrológico Nacional requiere, dados sus objetivos, de una larga y dilatada

empresa hídrica con la finalidad de llevar a cabo toda la articulación y entramado de planes hidrológicos, entre ellos el trasvase del Ebro. Adviértase que el trasvase todavía no se ha ejecutado, después de tres años de vigencia de la precitada Ley. Siendo esto así, su derogación no puede calificarse en ningún caso de urgente, pues resulta incompatible con la naturaleza de la propia norma derogada parcialmente. Falta así la conexión estructural entre la pretendida situación de urgencia y la propia estructura de la norma.

Es más, el Decreto-Ley 2/2004 tampoco constituye una norma de directa aplicación. Se trata, al igual que la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, de una norma que requiere un desarrollo normativo, o de la adopción de medidas tendentes a su ejecución, sin que conste determinado en el Real Decreto-Ley 2/2004 plazo perentorio alguno para ello. En este sentido, la Disposición Final Segunda habilita, sin delimitación temporal, al propio Gobierno para su desarrollo y ejecución. En cuanto a ello, resulta un tanto atípico que sea el propio Ejecutivo el que se autorice a sí mismo para el desarrollo del Real Decreto-Ley.

En definitiva, a la vista de la norma parcialmente derogada y del Real Decreto-Ley 2/2004, se aprecia una desconexión estructural entre la pretendida situación de urgencia y la naturaleza y contenido de ambas normas. La norma derogante no cumple la conexión de sentido, por lo que no hay “adecuación estructural”.

La conexión del Decreto-Ley con el contenido y estructura de las medidas en él contenidas, en relación con el presupuesto habilitante, viene dada por la

funcionalidad de las nociones de “necesidad” y “urgencia”. En esta línea, la Sentencia 29/1982 anula la Disposición Adicional del Decreto-Ley impugnado, por tratarse de un precepto meramente deslegalizador y no contener, por tanto, medidas de eficacia inmediata, ya que de dicha Disposición Adicional no podía predicarse la existencia de presupuesto habilitante, desde el punto de vista estructural.

C) El derecho de participación de la Comunidad Autónoma y el principio de Lealtad Institucional.

1) El artículo 20.1, a) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, impone la obligación de que el Proyecto del Plan Hidrológico Nacional sea informado preceptivamente por el Consejo Nacional del Agua antes de su aprobación por el Gobierno para su remisión a las Cortes.

Dicha previsión se encontraba anteriormente recogida en el artículo 18.1.a) de la Ley 29/1985, y por ello, el Ministerio de Medio Ambiente sometió, el 5 de septiembre de 2000, el Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional -posteriormente Ley 10/2001-, a informe de dicho Órgano, que emitió informe favorable en fecha 30 de enero de 2001.

La extraordinaria importancia de la intervención del Consejo Nacional del Agua radica en que constituye, como reconoce el artículo 19 del TRLA de 2001, el órgano consultivo superior en materia de aguas, mediante el cual se canaliza la intervención de los distintos sectores implicados. Junto con la intervención del Estado y de las Comunidades Autónomas, están representados

todos los entes locales por medio de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, los organismos de cuenca, así como las organizaciones profesionales y económicas más representativas, de ámbito nacional, relacionadas con los distintos usos del agua. El carácter no vinculante del informe en nada resta importancia a su intervención como órgano consultivo y garantizador de los distintos y diferentes intereses implicados, incluso los referidos a la gestión, protección y racionalización en el uso del agua.

Es más, la participación de los propios usuarios del agua en el Plan Hidrológico Nacional se garantiza y canaliza en la fase de elaboración mediante el citado Consejo Nacional del Agua. Su representación se concreta en el artículo 17 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPAPH), aprobado por Real Decreto 927/1988, en virtud del cual, entre los Vocales Electivos del Consejo Nacional del Agua se encuentran:

a) Un representante de cada uno de los Consejos del Agua de cuenca, elegido, de entre los Vocales representantes de los usuarios de cuenca respectiva, por ellos mismos;

b) Un representante de cada una de las Administraciones hidráulicas de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas comprendidas íntegramente en su territorio, elegido de entre los representantes de los usuarios en dichas Administraciones Públicas, por ellos mismos”.

Por otro lado, los usuarios pueden participar en el Consejo Nacional del

Agua como Vocales designados, ostentando la representación de las organizaciones que se refiere el artículo 16.1, d) RAPAPH, así como formar parte de la Comisión Permanente del Consejo Nacional del Agua, conforme prevé el artículo 17 RAPAPH.

La composición y funciones del Consejo Nacional del Agua acreditan la incuestionable importancia de su intervención en el procedimiento de elaboración y modificación del Plan Hidrológico Nacional, debiendo informar, preceptivamente, tanto en su aprobación inicial como en cualquier modificación legislativa posterior que afecte al Plan Hidrológico Nacional.

El examen de la trascendencia de su intervención, como trámite esencial en el procedimiento de elaboración o modificación del Plan Hidrológico Nacional, debe conectarse, por cuanto afecta a las Comunidades Autónomas, en el hecho de que estemos ante un Plan Nacional que funciona como un todo unitario interrelacionado, que afecta a todo el territorio nacional e incide sobre distintos sectores y ámbitos competenciales. Es por ello que resulta difícil modificar una parte de dicho todo unitario sin afectar a toda su estructura.

2) Es cierto que, entre otras competencias, la planificación hidrológica –en los términos fijados por la STC 227/1988- y la aprobación del Plan Hidrológico Nacional corresponden al Estado (artículo 17, a) TRLA). No obstante ello, los Estatutos de Autonomía pueden asumir competencias para la elaboración y propuesta de revisión de Planes Hidrológicos de las cuencas intracomunitarias. Además, el artículo 148.1.10 CE permite que las Comuni-

dades Autónomas puedan asumir competencias sobre “proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma respectiva”.

En este sentido, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, ha asumido, en su artículo 31.16, competencia en materia de aprovechamientos hidráulicos. Por otro lado, la planificación hidrológica nacional incide en aspectos como la ordenación del territorio, la protección del medio ambiente, la conservación de los espacios naturales, la pesca, la industria, el turismo, etc., lo que obliga a la necesidad de coordinación entre las distintas planificaciones que afectan al medio físico, que deben de regularse en armonía y colaboración entre las distintas Administraciones Públicas. Ello supone que el Plan Hidrológico Nacional puede incidir en la ordenación del territorio, en la planificación de los espacios naturales o en la protección del medio natural.

Esta incidencia del Plan Hidrológico Nacional sobre determinadas competencias de las Comunidades Autónomas, y, en particular, de la Comunidad Valenciana, puede suponer una afectación sustancial en las condiciones esenciales de ejercicio de las correspondientes competencias autonómicas. Desde el momento que el ciclo hidráulico es único y afecta a todo el territorio nacional -con sus correspondientes implicaciones-, cualquier decisión de trascendencia que se adopte en relación con el Plan Hidrológico Nacional produce una afectación automática en las distintas regiones de nuestro territorio.

Planteada así la cuestión, con la finalidad de coordinar la actuación de los poderes públicos en materia de aguas se arbitran mecanismos, tan importantes y eficaces como la participación y la colaboración de las distintas Administraciones Públicas afectadas. A dicha finalidad responde, en el procedimiento de elaboración del Plan Hidrológico Nacional, el Consejo Nacional del Agua, en cuyo Pleno están representadas todas las Comunidades Autónomas, y los entes locales, a través de la Federación Nacional de Municipios y Provincias (artículos 16 y 17 RAPAPH).

La omisión del informe del Consejo Nacional del Agua, por medio del cual se articula la representación de nuestra Comunidad Autónoma, afecta directamente al derecho de participación de la Comunidad en las cuestiones que inciden en su ámbito competencial. Un derecho de participación que le viene reconocido implícitamente en la Constitución Española y que explica que el Texto Refundido de la Ley de Aguas lo exija con carácter preceptivo.

Adviértase, además, que el artículo 14 de la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE exige someter a información y participación pública los planes hidrológicos de cuenca, por lo que, con mayor motivo y razón, deberá someterse a igual exigencia el Plan Hidrológico Nacional, tanto por la importancia de la materia que regula y sus implicaciones, como por los sujetos cuyos intereses se ven afectados. Y, naturalmente, también las modificaciones que se pretendan sobre aquél.

3) Si bien podría interpretarse que tratándose de una exigencia legal - artículo 20.1 a) del TRLA- podría ser

obviada por el propio legislador, dicha posibilidad no debe admitirse en relación con el Poder Ejecutivo, por vía de Decreto-Ley, ya que convertiría esta figura en un mecanismo de desviación procedimental.

El deber de dar participación a las Administraciones Públicas afectadas en aquellas decisiones que vaya a adoptar otro poder público viene exigido por el principio constitucional de lealtad institucional y el de buena fe, en el ejercicio y actuación de los poderes públicos. En este sentido, el Tribunal Constitucional recuerda en su Sentencia 40/1998 que “el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982, entre otras)”; y que “la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo (...)”. En la STC 18/1982 se dice, además, que el deber de colaboración dimanante del general de auxilio recíproco entre autoridades estatales y autónomas, “no es menester justificar en preceptos concretos, se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, aunque no es ocioso recordar que el principio de coordinación, en relación con las Comunidades Autónomas, se eleva por la norma fundamental a la consideración de uno de los principios de actuación (artículos 103.1 y 152)”. En igual sentido, SSTC 209/1990, 46/1990, 64/1990.

Aunque pudiera entenderse que el Plan Hidrológico Nacional no afecta directa-

mente a las competencias asumidas por la Comunidad Valenciana, en el sentido de “suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución”, lo cierto es que sí afecta a su ámbito de intereses políticos específicos –trasladando aquí la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del concepto de “ámbito de autonomía” del artículo 32.2 CE-, así como a las condiciones esenciales del ejercicio de competencias como las de ordenación del territorio y del paisaje, medio ambiente, pesca, agricultura, aprovechamientos hidráulicos y el propio fomento del desarrollo de la Comunidad Autónoma, etc. Así pues, resulta evidente la necesidad inexcusable de la participación de la Comunidad Valenciana, tanto en el proceso de elaboración del Plan Hidrológico Nacional, como en su modificación o revisión, especialmente en supuestos tan importantes como la derogación de las transferencias de caudales interterritoriales. Al respecto, el organismo que materializa dicha participación lo constituye el Consejo Nacional del Agua.

4) En la STC 35/1984, la falta de un informe previo del Parlamento de Canarias resultó determinante en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por aquél contra el Real Decreto-Ley 1/1983, de 9 de febrero, por el que se derogó la exacción sobre el precio de las gasolinas de automoción. La sentencia estimó el recurso aplicando “la doctrina existente, emitida a propósito del procedimiento administrativo” sobre la emisión de informes o audiencias preceptivas: se había omitido, improcedentemente, la audiencia al Parlamento de Canarias. En igual sentido la STC 137/2003, declaró la inconstitucionalidad del Decreto-Ley 12/1995, sobre medidas urgentes en

materia presupuestaria, financiera y tributaria, por ausencia de un trámite esencial, pese a estimar que concurría la extraordinaria y urgente necesidad.

Lo cual evidencia que, aún tratándose de un Decreto-Ley, no pueden obviarse los trámites preceptivos legalmente establecidos.

El informe del Consejo Nacional del Agua se exige por disposición legal, lo que justifica la necesidad de su solicitud, pues constituye el mecanismo mediante el cual se materializa la exigencia del principio de lealtad institucional reconocido implícitamente en la Constitución y de construcción jurisprudencial.

5) Es de destacar que, en el supuesto hipotético de que el Tribunal Constitucional estimase -a su juicio- que existe una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, aun así no podría admitirse la posibilidad de prescindir del informe del Consejo Nacional del Agua, pues representa, como se ha indicado anteriormente, la materialización del derecho de participación de las Comunidades Autónomas en materia de aguas, y concretamente, en la elaboración del Plan Hidrológico Nacional, construido sobre el principio de solidaridad en materia de distribución de recursos hidráulicos, y exigencia del principio de lealtad institucional que debe prevalecer en todo caso; máxime cuando no nos encontramos ante una situación de “necesidad absoluta” (en términos del Tribunal Constitucional, Sentencia 6/1983) o de emergencia, que sí justificaría obviar el trámite de participación de las Comunidades Autónomas, incluso en asuntos de tanta envergadura como el Plan Hidrológico Nacional.

6) Además, la argumentación del Gobierno resulta en cierto modo contradictoria. Así, mientras arguye que dicta el Decreto-Ley con fundamento en una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”, tiene tiempo, al parecer, de solicitar informes, pues se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 2/2004 que las previsiones de la Ley 10/2001 fueron adoptadas “*bajo unos supuestos objetivos de racionalidad, eficiencia socio económica y ambiental, que distintos informes técnicos han puesto en entredicho...*”. No constan tales informes, ni siquiera aludidos nominalmente en la expresada exposición, siendo insuficiente una simple alusión formal.

Ahora bien, si el Gobierno tuvo tiempo para pedir “informes” no preceptivos, –no obstante la pretendida extraordinaria y urgente necesidad-, le es exigible que solicitara, con mayor motivo, el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua –artículo 20.1 a) TRLA 2001-, que institucionaliza el principio de lealtad institucional y la participación de las Administraciones Públicas afectadas por el Plan Hidrológico Nacional, entre ellas, la Comunidad Valenciana; por el contrario, si no solicitó informes técnicos y económico-financieros acerca de la viabilidad jurídica y económica de la modificación legal, el Decreto-Ley adolece de la debida justificación para modificar una norma de la importancia del Plan Hidrológico Nacional, máxime cuando no se aprecia una necesidad imperante que exigiese la adopción de aquél.

Dicho cuanto antecede, y desde tales planteamientos, se estima que el expresado Real Decreto-Ley 2/2004 puede infringir el derecho de participación y cooperación de la Comunidad Valenciana

en los asuntos que le atañen y afectan a sus intereses propios, dando lugar, en consecuencia, a una vulneración del principio de lealtad institucional.

Octava.- Análisis jurídico del Real Decreto-Ley 2/2004, desde la perspectiva material.

De cuanto antecede cabe deducir que un Decreto-Ley puede ser tachado de inconstitucional desde el punto de vista formal aunque materialmente sea conforme con la Constitución. También puede ocurrir lo contrario.

Desde este punto de vista, procede confrontar el Real Decreto-Ley 2/2004, desde su vertiente material o sustantiva, con nuestro Texto Constitucional, lo que conlleva examinar aquellos preceptos o principios constitucionales que se estime puedan resultar afectados por la norma que se examina, y que son los siguientes:

A) La necesaria razonabilidad en la adopción de la norma.

El principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos se consagra por el artículo 9.3 de la Constitución con referencia a todos los poderes públicos, sin excepción, lo que incluye tanto al Legislador como al Poder Ejecutivo, con independencia de las particularidades a las que pueda dar lugar en su aplicación en uno u otro supuesto. No se impone la posibilidad de actuar, sino que se prohíbe la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. De este modo, aunque el Decreto-Ley constituya una manifestación de potestad legislativa excepcional, también queda sujeta al expresado principio, como lo está el mismo Legislador.

El artículo 9.3, in fine, viene a imponer la exigencia de razonabilidad en la actuación de los poderes públicos. Ello supone que las normas jurídicas han de cumplir con el requisito de razonabilidad y no arbitrariedad. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido en varias ocasiones que el Legislador y los restantes poderes públicos no pueden actuar arbitrariamente (SSTC de 20 de julio de 1981, 19 de julio de 1982, 23 de mayo de 1985, 29 de julio de 1986, 11 de junio de 1987, entre otras).

En el presente supuesto nos encontramos ante un acto del Ejecutivo que supone una manifestación de poder legislativo (artículo 86.1 CE), y, en consecuencia, sujeto necesariamente al principio de no arbitrariedad de la norma. En este sentido, por muy amplia que sea la discrecionalidad o libertad de decisión que caracterice la actuación del poder ejecutivo, esa actuación no puede ni debe ser arbitraria, no puede asentarse sobre el solo fundamento de la voluntad o capricho de su titular. El mero uso de la discrecionalidad que se agota en la pura voluntad del sujeto, prescindiendo de la debida justificación de su proceder, constituye una manifestación de puro poder de mando, no legitimado.

Ello supone excluir de nuestro ordenamiento jurídico toda manifestación de poder político que implique simple expresión de la mera voluntad de quien ostenta dicho poder, exigiéndose necesariamente la debida justificación de la decisión del poder político. La Constitución impone en virtud de su artículo 9.3 que las decisiones políticas sean resultado de una voluntad racional y justificada. En aquellos ámbitos de actuación en los que los

poderes públicos gozan de un margen de discrecionalidad su actuación no puede quedar amparada en un “*porque sí*”, sino en razones debida y explícitamente justificadas.

En el presente caso, el Gobierno, en la adopción del Real Decreto-Ley 2/2004, se excede de los límites formales previstos y exigidos en el artículo 86.1 CE, en la medida en que, como se ha indicado anteriormente, no queda acreditada la “extraordinaria y urgente necesidad” y la “conexión de sentido”, presupuesto habilitante para que el uso de la potestad legislativa excepcional por parte del ejecutivo quede amparada por el ordenamiento jurídico. No siendo así, podría considerarse que no existe discrecionalidad sino arbitrariedad y uso abusivo de la figura del Decreto-Ley.

Por otro lado, si atendemos al procedimiento de elaboración de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, observamos que dicha norma del Legislativo (dotada por ello de mayor legitimidad democrática que el Decreto-Ley) fue resultado de un laborioso procedimiento de elaboración, con intervención del Consejo Nacional del Agua, Evaluación de Impacto Ambiental, Libro Blanco, así como documentada en informes y demás documentos técnicos y jurídicos. Ello obligaba al Ejecutivo a explicitar muy exhaustivamente las razones que le llevan a modificar por vía de Decreto-Ley y sin un procedimiento riguroso y completo como el de la Ley 10/2001 parte de su normativa, o más bien, el eje central del Plan Hidrológico Nacional, constituido por el sistema de transferencias de recursos entre los distintos territorios.

Debe advertirse que no basta cualquiera razón ni la mera existencia de una argu-

mentación formal como la que parece incorporar la Exposición de Motivos del expresado Real Decreto-Ley, fácilmente alegable en cualquier supuesto.

No constituye razón suficiente para sustituir la voluntad del Parlamento, por la vía extraordinaria del Decreto-Ley, la mera voluntad del Ejecutivo, fundada formalmente en el hecho de que la Ley 10/2001 fue aprobada *“bajo unos supuestos objetivos de racionalidad, eficiencia socio económica y ambiental, que distintos informes técnicos han puesto en entredicho”*. No parece razonable que el Gobierno derogue parte de una Ley -de extraordinaria trascendencia social y económica- con una simple argumentación formal no justificada.

Todo ello especialmente si tenemos en cuenta la excepcionalidad del ejercicio del poder legislativo por el Gobierno en cuanto alteración de la regla general del artículo 86, lo que exige una especial justificación, máxime cuando la norma parcialmente derogada responde a imperativos constitucionales de solidaridad interregional, por lo que su derogación habría exigido, para ser racional y justificable, una contundente argumentación, apoyada en informes técnicos y económico-financieros, lo que no consta que se haya hecho, especialmente si se repara en que, a juicio del Gobierno, el Decreto-Ley 2/2004 constituye una norma de exigencia urgente para afrontar una situación de *“extraordinaria y urgente necesidad”*.

Así pues, se estima que la falta de fundamentación del Decreto-Ley 2/2004, tanto desde su vertiente formal como material, lo convierte en una disposición legislativa del Gobierno injustificada, con posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

B) Afectación a los intereses propios de la Comunidad Autónoma.

Es obligado reconocer que el Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación restrictiva (SSTC 60/1986, 111/1983, entre otras) en cuanto a los límites materiales del Decreto-Ley que explicita el artículo 86.1 CE, y, especialmente, por cuanto afecta al Régimen de las Comunidades Autónomas (STC 231/1993). Ahora bien, ello no impide resaltar la incidencia que el Real Decreto-Ley 2/2004 tiene en la esfera de intereses de las Comunidades Autónomas, sobre todo al tratarse de una materia referida al ciclo hidráulico que se articula de forma unitaria para todo el territorio nacional.

No puede decirse que el Real Decreto-Ley afecte directamente a la esfera de competencias asignadas por la Constitución o nuestro Estatuto de Autonomía a la Comunidad Valenciana; ahora bien, como se ha indicado anteriormente, el ciclo hidrológico es único para todo el territorio nacional y se fundamenta en el principio de solidaridad en la utilización y reparto del agua. El Plan Hidrológico Nacional funciona, por tanto, como un todo unitario que se extiende a la totalidad de nuestro territorio, compensando la escasez de determinadas regiones con los excedentes de este recurso en otras. Ello determina que cualquier decisión importante que se adopte en relación con el Plan Hidrológico Nacional pueda suponer una afectación en las condiciones de ejercicio de las competencias autonómicas como las ya referidas anteriormente.

Ello evidencia que el Decreto-Ley no constituye el instrumento adecuado para la regulación de esta singular

materia, sino que debió seguirse, en su caso, el procedimiento legislativo correspondiente, aportando la documentación e informes necesarios y preceptivos, que permitieran un examen adecuado de la situación real existente y de la pretendida modificación.

C) Necesario respeto del principio de solidaridad previsto en el artículo 2 de la Constitución.

La Constitución Española consagra el principio de solidaridad en el artículo 2, al reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran el territorio español y la solidaridad entre todas ellas. El Estado asegura la realización efectiva del principio de solidaridad, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (artículo 138.1 CE).

Uno de los objetivos de la planificación hidrológica es precisamente equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, incrementando la disponibilidad del agua, (artículo 38. 1 de la Ley de 1985, y artículo 40.1 del actual TRLA, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio).

La Exposición de Motivos de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, reconoce que *“En un país como España en el que el agua es un recurso escaso, marcado por graves desequilibrios híbridos debido a su irregular distribución, la adecuada planificación de la política hidráulica se impone como una necesidad... como un instrumento de superación de la misma”*.

El Plan Hidrológico Nacional culmina un proceso de planificación que cuenta

con antecedentes tan importantes como la aprobación de los planes hidrológicos de cuenca, aprobados por Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, y como un Anteproyecto de Ley sobre el Plan Hidrológico Nacional, de 1993, que no llegó a aprobarse.

El eje central de la Ley 10/2001, como expone su propia Exposición de Motivos, lo constituye *“la regulación de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes de cuenca”*. Estas transferencias de recursos hidráulicos vienen impuestas por la irregularidad hidráulica de nuestro territorio nacional, lo que provoca la existencia de regiones que no disponen de recursos hidráulicos propios para satisfacer las demandas actuales que resulta necesario atender, en contraposición con la situación de otras regiones.

El Plan Hidrológico Nacional fue aprobado por Ley por las Cortes, a las que, como representantes del pueblo español (artículo 66.1 CE), se les reservó la competencia para decidir el mecanismo a utilizar para corregir y solucionar las irregularidades hídricas y afrontar la desigualdad en materia de recursos hídricos entre nuestras regiones (artículo 43.1 Ley 29/1985, y 45.1 del TRLA de 2001). El sistema por el que, tras un dilatado proceso de elaboración normativa, optó el Parlamento, fue el del sistema de transferencias de caudales. Este sistema fue adoptado por el legislativo en base a los principios de la Ley de Aguas 29/1985, al Libro Blanco del Agua, al Informe del Consejo Nacional del Agua, y a la Evaluación Ambiental Estratégica, lo que garantiza la racionalidad de su adopción.

Todo ello permite interpretar que los trasvases -transferencias de recursos- constituyen el medio más apropiado y conveniente para corregir los desequilibrios hídricos entre las distintas regiones, con el objetivo de eliminar la desigualdad hidrológica espacial y temporal propia de nuestro territorio. Los trasvases constituyen la alternativa que garantiza el principio de solidaridad entre las regiones, impuesto en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio. El artículo 11 de la Ley 10/2001 señala que *“a los efectos de lo previsto en el artículo 45.1.b de la Ley de Aguas, las únicas alternativas que han previsto los Planes Hidrológicos de cuenca, y cuya solución se afronta en esta Ley, son las relativas a las transferencias de recursos”*.

Téngase en cuenta que el Plan Hidrológico Nacional fue informado favorablemente por el Consejo Nacional de Agua, en el que –según consta en el Informe, de 14 de mayo de 2004, del Director del Gabinete Jurídico de la Generalitat- se recogen observaciones como la siguiente: *“El trasvase desde el Ebro hacia las cuencas deficitarias del Levante mediterráneo supone la única alternativa para proporcionar a esta áreas una oferta suficiente de agua que permita satisfacer sus necesidades presentes y futuras, frenado el proceso de agotamiento de los acuíferos y mejorando la calidad de las aguas”*.

El Poder Ejecutivo, al derogar el sistema de transferencias de caudales por vía del Decreto-Ley, sustituyéndolo por otro que no consta que garantice el mismo caudal y calidad del agua, puede haber infringido con dicha

actuación el principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución y materializado por las Cortes en la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, a través de las transferencias de caudales.

Así pues, se estima que el Real Decreto-Ley afecta al principio de solidaridad, al impedir que se lleve a cabo un sistema de corrección de desequilibrios hídricos entre las regiones, que permitía la transferencia de caudales desde los territorios de cuenca con excedente de agua a regiones con escasez de este recurso.

D) Cumplimiento del principio de eficiencia y gasto público del artículo 31.2 de la Constitución.

El análisis de este concreto apartado obliga a distinguir varias cuestiones: **1)** la previsión constitucional del gasto público; **2)** el coste de económico que supone la derogación parcial de la Ley 10/2001 para el Estado; **3)** la posible infracción del principio material de justicia en el gasto público.

1) La previsión constitucional del gasto público.

La regulación constitucional del gasto público presenta una doble vertiente. Por una parte, su previsión constitucional de carácter material en el artículo 31.2 CE, y por otra, su aspecto o naturaleza formal, derivada de los principios presupuestarios recogidos en los artículos 133 y 134 CE. El aspecto que interesa ahora resaltar, por cuanto atañe al asunto que examinamos, lo constituye su aspecto material, previsto en el artículo 31.2 CE, ubicado en el Capítulo II del Título I, referido a los derechos y deberes de los ciudadanos.

Conforme a dicho precepto, *“el gasto público realizará una consignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”*. El legislador constituyente quiso, de esta forma, que los ciudadanos no solamente cuenten con la garantía formal de que el gasto público va a ser aprobado y controlado, sino que, además, el gasto público esté presidido por los principios de equidad, de eficiencia y de economía.

Estos principios de eficiencia y economía constituyen, en primer lugar, un mandato a los poderes públicos, que deberán orientar su actuación, en materia de ordenación del gasto público, conforme a dichos principios, que constituyen el fundamento constitucional de toda la programación y ordenación del gasto público.

No gozan los poderes públicos, sea el Legislador o el Ejecutivo, de una libertad absoluta en materia de gasto público, sino que éste se encuentra condicionado a una asignación equitativa de los recursos públicos, y a los expresados principios de eficiencia y economía en su programación y ejecución. Estos principios exigen la realización de Estudios Técnicos Financieros previos que respalden la viabilidad económica de la norma, especialmente, si atendemos a las exigencias de control y eficiencia en el gasto público impuestas por el derecho comunitario.

Si una norma carece de respaldo presupuestario necesario para su efectiva aplicación puede resultar, en la práctica, ineficaz y vacía de contenido.

2) El coste económico que supone la derogación parcial de la Ley 10/2001 para el Estado.

a) Como se ha indicado con anterioridad la derogación parcial de la Ley 10/2001 va a suponer, por una parte, la obligación del Estado de indemnizar a los terceros que resulten perjudicados como consecuencia del cambio legislativo.

La Ley aprobatoria del Plan Hidrológico Nacional ha supuesto que la Administración haya celebrado contratos administrativos con los correspondientes contratistas y concesionarios, con la finalidad de dar cumplimiento a la ejecución de las obras que exige el trasvase del Ebro. Dicha Ley está justificando la celebración de contratos administrativos, y la realización de fuertes inversiones por parte de las empresas implicadas.

La derogación de los preceptos relativos al trasvase supone, desde el punto de vista de la actuación administrativa, que los contratos administrativos ya adjudicados o en vías de adjudicación carezcan de la oportuna justificación, debiendo la Administración paralizar la ejecución de dichos contratos.

En este supuesto nos encontraríamos con el grave problema de qué sucederá con aquellos contratistas a los que la Administración adjudicó o pretendía adjudicar los correspondientes contratos administrativos para proceder a la ejecución de las obras. Todos ellos han de ser indemnizados.

Ello evidencia que la derogación de la Ley del Plan Hidrológico Nacional va a repercutir en el Erario Público ante la necesidad de indemnizar a los contratistas y particulares perjudicados. Como el origen de la extinción de los contratos está vinculado, en último término, a la norma estatal derogatoria de

la Ley del Plan Hidrológico Nacional, debe ser el Estado el último responsable del pago de tales indemnizaciones.

Es por ello por lo que la norma derogatoria debería haber previsto en su texto la responsabilidad del Estado por los daños causados como consecuencia de la derogación parcial de la Ley reguladora del Plan Hidrológico Nacional - que sirve de cobertura y justificación a los contratos administrativos adjudicados-, así como disponer las oportunas indemnizaciones. No otra cosa cabe deducir de lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé la indemnización de daños derivados de la aplicación de actos legislativos.

Y ello aun considerando que no habiéndose efectuado tal previsión en el texto de la norma estatal, dicha circunstancia no exonera al Estado de su responsabilidad, atendiendo al principio de responsabilidad del Estado Legislador, resultante de los artículos 9.3 CE -que garantiza la responsabilidad de los poderes públicos-.

b) La responsabilidad del Estado por actos legislativos hay que entenderla existente en nuestro sistema jurídico cuando la aplicación de una Ley conforme a la Constitución Española produzca unos graves y ciertos perjuicios, y que encontraría su respaldo en los citados artículos 9.3 CE y 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Ya que si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la oportuna indemnización, menos le es lícito al Estado, al establecer sus regulaciones generales, mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes; de lo que se deduce que, si fácticamente se produce algún

perjuicio para los ciudadanos concretos, económicamente evaluables, éstos deben ser indemnizados. Cabe apreciar responsabilidad cuando se producen daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las Leyes y existe un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable. Asimismo existe responsabilidad cuando el perjuicio deriva directamente del mismo acto legislativo, como es el supuesto que examinamos, aunque la propia norma legislativa no lo reconozca, como así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/1997.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 5 de marzo de 1993 (RJ 1993/1623) -cuya doctrina ha sido seguida por la de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/4981)-, reconoció en el caso allí enjuiciado la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado, como consecuencia de la eliminación de los cupos de pesca, por apreciar que los particulares perjudicados habían efectuado fuertes inversiones -que se vieron frustradas- fundados en la confianza generada por medidas de fomento del Gobierno, que a ello estimulaban, plasmadas en disposiciones muy próximas en el tiempo al momento en que se produjo la supresión de los cupos, de tal suerte que existió un sacrificio particular de derechos o al menos de intereses patrimoniales legítimos, en contra del principio de buena fe que debe regir las relaciones de la administración con los particulares, de la seguridad jurídica y del equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas.

Por otro lado, como refiere la STS de 12 de abril de 2002, para apreciar la existencia de responsabilidad del Estado legislador, *“es menester utilizar varios criterios. Entre ellos reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones. Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala últimamente citadas, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento”*.

Así pues, se estima que la norma derogatoria debió prever las considerables indemnizaciones que iba a suponer la derogación parcial de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, lo que obligaba a realizar un estudio económico previo, sobre los costes que iba a suponer tanto las indemnizaciones a satisfacer a los perjudicados como la realización y construcción de las desaladoras, teniendo en cuenta que las normas han de responder al balance costes-ventajas.

3) La posible infracción del principio material de justicia en el gasto público.

Como ha quedado expuesto con anterioridad, no se ha evaluado por el Poder Ejecutivo previamente a la emanación del Decreto-Ley 2/2004, la repercusión económica que la derogación parcial de los preceptos relativos al trasvase del Ebro va a suponer, inevitablemente, para las arcas del Estado, como consecuencia de la obligación de tener que asumir los efectos económicos de dicha modificación legislativa.

No existe una Memoria Económico-Financiera que evalúe de forma conjunta la cuantía de las indemnizaciones que corresponde asumir al Estado –siquiera de forma estimativa- y el propio coste económico de las nuevas medidas propuesta por el ejecutivo, no siendo suficiente a este fin, las apreciaciones que puedan efectuarse en cuanto a este último extremo.

Esta falta de previsión económica por parte del ejecutivo, previa al Decreto-Ley, puede considerarse que infringe el principio de justicia material del artículo 31.2 CE, al no adecuar el gasto público a los principios de eficiencia y economía. Se vulneran tales principios cuando sin una evaluación económica de lo que va a suponer toda la nueva actuación del Gobierno, se anula una decisión de las Cámaras ya iniciada, y de enorme trascendencia social y económica.

Tengamos en cuenta que la eficiencia en las normas se traduce en una exigencia de análisis costes-ventajas que arroje un resultado favorable. La eficiencia mide la relación entre los resultados conseguidos y el coste de éstos a la vista de las diferentes alternativas que se ofrecen. La aptitud de la norma viene determinada por la proporcionalidad entre sus costes y su utilidad; es

decir, que la situación derivada de la derogación de la norma sea más ventajosa que la derivada de la norma derogada, lo que no consta acreditado en el presente caso, ante la inexistencia de memorias económicas y técnicas, que llevan a apreciar la arbitrariedad y la falta de eficiencia en la adopción del Decreto-Ley.

Desde este punto de vista, se estima que quedan afectados los principios de eficiencia y economía en el gasto público, consagrados en el artículo 31.2 CE.

Novena.- Tras el estudio del Real Decreto-Ley 2/2004, y la argumentación que precede, se efectúan, en síntesis, las siguientes CONCLUSIONES:

1. Nada obsta a que el Gobierno Valenciano, que ostenta legitimación activa en el presente supuesto -artículos 161.1 a) CE y 32 LOTC-, pueda impugnar, en recurso de inconstitucionalidad, el Real Decreto-Ley 2/2004, de 5 de julio.

2. No se estima que concurra, en el presente caso, el presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad”, que exige, como requisito formal, el artículo 86.1 de la Constitución, al no darse una situación de difícil previsibilidad que requiera una acción normativa inmediata, que justifique el uso de la potestad excepcional de dictar Decretos-Leyes.

3. Ni la norma parcialmente derogada (Ley 10/2001, de 5 de julio, Plan Hidrológico Nacional) ni la norma derogante (Real Decreto-Ley 2/2004) cumplen con el requisito de la “conexión de sentido”, ni hay coherencia estructural.

4. Se estima, asimismo, que el contenido del Real Decreto-Ley 2/2004 contraría el principio constitucional de lealtad institucional y participación de la Comunidad Valenciana en asuntos que le afectan (SSTC 40/1998 y 18/1982), pues aunque estuviera justificada la extraordinaria y urgente necesidad, ello no comportaría la omisión de trámites esenciales: el principio de solidaridad interterritorial (artículos 2 y 138 CE); los principios de eficiencia y economía en el gasto público (artículo 31.2 CE).

Todo cuanto queda dicho lleva a estimar viable jurídicamente la interposición del recurso de inconstitucionalidad, por parte del Gobierno de la Comunidad Valenciana, contra el Real Decreto-Ley 2/2004, con arreglo a lo regulado en los artículos 31 y ss. de la Ley Orgánica 3/1979, del Tribunal Constitucional.

III.CONCLUSIÓN

Por cuanto queda expuesto, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana es del parecer:

Que procede la interposición del recurso de inconstitucionalidad, por parte del Gobierno Valenciano, contra el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, por el Gobierno de la Generalitat Valenciana.”

“...Voto particular que formula el Consejero Vicente Cuñat Edo al acuerdo del Pleno del Consejo Jurídico Consultivo en relación con el expediente 252/2004.

Hemos de manifestar nuestra conformidad con el estudio genérico del problema planteado y la claridad y sis-

temática con la que se resuelve la valoración de la legitimación del Gobierno Valenciano para interponer el recurso de que se trata, y en consecuencia con la conclusión 1ª de la consideración novena y en suma sobre la viabilidad procesal de la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno de la Comunidad Valenciana que ostenta legitimación activa en el presente supuesto –artículos 161.1 a) CE y 32 LOTC-, para impugnar, en recurso de inconstitucionalidad, el Real Decreto-Ley 2/2004, de 5 de julio.

Ello no obstante hemos de manifestar nuestro parecer contrario al análisis y a los razonamientos del Dictamen que conducen a las conclusiones 2, 3 y 4 de la consideración novena.

Sin perjuicio de la calidad argumentativa y doctrinal de sus consideraciones, que reconocemos, respetamos, y en ocasiones compartimos, hemos de manifestar nuestra discrepancia respecto de la valoración jurídica de los hechos que examinamos, por cuanto:

I.- En relación a la regularidad formal de Real Decreto-Ley.

1.- En relación a la no apreciación de la “extraordinaria y urgente necesidad”, basta la lectura de las argumentaciones del apartado D de la consideración octava del Dictamen, en relación a las consecuencias económicas de la derogación parcial del Plan Hidrológico Nacional, para apreciar su concordancia con las necesidades de carácter técnico y sobre todo económico, que se alegan en la exposición de motivos como necesidad para evitar lo que califica de “evidente despilfarro de recursos públicos”. Desde tal concordancia,

y sin negar la posibilidad de que el juicio del Gobierno sobre tal extremo pueda ser puesto en cuestión, entendemos insuficiente la argumentación existente en el Dictamen para negar el requisito de la “extraordinaria y urgente necesidad”. Además creemos que resulta evidente del Dictamen que no se puede negar la urgencia manifestando que se tarda mucho tiempo en dictar el Real Decreto-Ley -Consideración séptima A)-, y reprochar la falta de estudios precedentes al Real Decreto-Ley en la consideración octava, apartado A), cuando el preámbulo del Real Decreto-Ley justifica su existencia desde el conocimiento de la realidad documental anterior, sobrevenida tras el traspaso de poder al Gobierno actual y completada con nuevos informes.

A ello se ha de añadir que no entendemos imprescindible que la “necesidad” sea sobrevenida, pues puede ser anterior como situación, pero, urgente en su necesidad de atención. En este caso el conocimiento de la realidad documental por el Gobierno, le impulsa a afirmar que con ello se puso de manifiesto la “necesidad”; y a este Consejo no le consta documentalmente que tal hecho no sea cierto.

En conclusión no entendemos acreditada en el expediente la falta de “extraordinaria y urgente necesidad”, como fundamento del Real Decreto-Ley que resulta uno de los presupuestos en que pretende fundamentarse el recurso.

2.- En relación con la ausencia de la “conexión de sentido” no se alcanza a apreciar, desde la argumentación que la fundamenta en la consideración séptima B, el que se prive de éste a una norma que tiene por objeto impedir la eficacia de otra vigente que, a juicio

“discutible” del Gobierno, conduce a resultados en su opinión contrarios a la racionalidad, y a las necesidades técnicas para afrontar el problema subyacente.

Si que parece insuficiente, la participación a que se hace referencia en el apartado C, de la consideración séptima, e incluso es posible que ello vulnere tal derecho. Pero no compartimos que tal insuficiencia lleve en si misma la inconstitucionalidad de la norma, por cuanto si se dan los presupuestos citados anteriormente, propios del Real Decreto-Ley, sería contradictorio con su propia naturaleza, el exigir el puntual ejercicio del derecho de participación, en cuanto la norma tuviese por objeto evitar un peligro o daño que justifique su uso. Otra cuestión sería su valoración en orden a las medidas que sustituyen a la norma derogada.

Pero en todo caso no compartimos el criterio respecto de la inconstitucionalidad que se proclama por tal motivo.

Entendemos que sin perjuicio de la valoración que el Tribunal Constitucional pueda realizar en su día con la documentación a su disposición, este Consejo, con la que obra en el expediente, no puede valorar, en mi opinión, las razones técnicas, ni la situación de hecho en la aplicación del Plan, que le permita excluir la concurrencia de los requisitos jurídicos que legitiman al Decreto Ley, y que en su exposición de motivos se argumentan como cumplidos.

II.- En cuanto al contenido material del Real Decreto-Ley.

Entendemos que debe partir el examen de que nos hallamos ante unas necesidades sociales reconocidas en el Real

Decreto-Ley como lo son en la Ley del Plan Hidrológico Nacional y que la derogación tiene como eje sustituir un instrumento técnico, el previsto por el artículo 13, “las transferencias de caudal” en el reseñadas, por otros distintos contenidos en los Anexos.

Sobre la base de que se mantiene el reconocimiento de la necesidad que pretende satisfacer el Plan Hidrológico Nacional y la voluntad de atenderla, podrá alegarse que se aplican mal el principio de solidaridad y algunos otros de los constitucionales invocados, pero para ello sería necesario una argumentación documentada, y que tales “errores” técnicos pusieran en peligro la obtención de los fines de la ley que permanecen absolutamente vigentes. Pero entendemos, de nuevo, que este Consejo carece de elementos para apreciar como exactas tales afirmaciones de inconstitucionalidad.

Es especialmente de señalar, como ya hemos indicado, que la argumentación dedicada al coste económico de la derogación no hace sino “concordar” con la apreciación de urgencia y racionalidad que se utilizan como fundamento del Real Decreto-Ley.

En términos de defensa, por parte de quien pretenda impugnar la norma, parece “razonable” la argumentación utilizada, que habrá de probarse en términos económicos, pero no resulta posible, con la documentación obrante en el expediente, afirmar la “irracionalidad” del gasto, como una consecuencia necesaria del Real Decreto-Ley, frente a la afirmación contraria de su Exposición de motivos.

Por todo lo expuesto entendemos que la contundencia con la que se concluye

en el Dictamen la viabilidad sustantiva del recurso, no se encuentra, a mi juicio, en unos casos suficientemente sustentada documentalmente, y en otros, como en los requisitos de “extraordinaria y urgente necesidad” del Real Decreto-Ley disentimos en contrario

de lo afirmado en el Dictamen por las razones anteriormente expresadas.

Este es mi parecer que según es costumbre someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.”

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

Dictamen 175/2003, de 2 de diciembre.

Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los perjuicios ocasionados para obtener la suspensión de la ejecución de los actos sancionatorios posteriormente anulados.

“... IV

Pues bien, tenemos que indicar inicialmente que la resolución del caso concreto sometido a nuestro Dictamen viene, necesariamente, de la mano del establecimiento de una doctrina sobre supuestos de este tipo dado que no hay en el ordenamiento jurídico vigente un precepto específico para este tipo de situaciones que aplicar en cada caso. Lo que tenemos que examinar y decidir es, por tanto, si visto el ordenamiento jurídico de la responsabilidad administrativa, un supuesto como el que se nos ofrece y en el que el daño presuntamente producido y, desde luego, reclamado consiste en el coste del aval exigido por el Tribunal competente (en este caso la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón) para la suspensión de la ejecución de una sanción que luego ha sido anulada por Sentencia del propio Tribunal, sería merecedor del calificativo de supuesto de hecho productor de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con la consecuencia de que la misma Administración Pública debería abonar el coste de dicho aval.

Esta cuestión, como decimos, no tiene una previsión específica en el ordena-

miento jurídico de las sanciones administrativas (y, mucho menos, dentro del ordenamiento jurídico urbanístico aplicable a las sanciones urbanísticas) aun cuando sí existe tal previsión dentro del ordenamiento jurídico tributario.

En concreto, y como recuerdan los reclamantes en su escrito, el art. 3 c) de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, indica lo siguiente:

“Constituyen derechos generales de los contribuyentes los siguientes:

...

c) Derecho a ser reembolsado, en la forma fijada en esta Ley, del coste de los avales y otras garantías aportados para suspender la ejecución de una deuda tributaria, en cuanto ésta sea declarada improcedente por sentencia o resolución administrativa firme”.

Posteriormente y en la misma Ley, el art. 12, desarrolla este principio.

Pues bien, lo que hace el ordenamiento tributario, en nuestra opinión, es llevar a una Ley de ese sector normativo, una de las consecuencias de la existencia de la responsabilidad administrativa,

institución incorporada a nuestra Constitución de 1978 (art. 106.2) y desarrollada de forma general en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Es decir, el legislador tributario, animado por el espíritu de la reposición integral en el patrimonio del sujeto dañado –que es la clave del entendimiento de la institución de la responsabilidad administrativa–, regula en el ámbito concreto del coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda tributaria, una consecuencia indemnizatoria cuya causa estribaría en la declaración de improcedencia de dicha deuda tributaria tanto fuera llevada a cabo por Sentencia como por resolución administrativa firme.

Es ésta una solución que, por otra parte, ya es conocida en otros sectores del ordenamiento jurídico. Recordemos, así, los variados supuestos regulados en la legislación de Caza (hoy en Aragón en la Ley 5/2002 de 4 de abril, de Caza de Aragón, art. 71) o en la legislación relativa a los resultados dañosos de las acciones terroristas y en la que el Estado asume ex lege la indemnización de unos daños que él, obviamente, no ha causado directamente y cuya única imputación al mismo podría provenir de una interpretación –bien problemática– relativa a una omisión en su acción de vigilancia.

Volviendo al caso que nos ocupa ahora de lo previsto en la legislación tributaria, lo que en ella aparece es que como la Sentencia o la resolución administrativa han hecho imposible ejecutar la deuda tributaria –porque se ha declarado improcedente la resolución relativa a la misma– dicho ordenamiento jurídico añade a la situación que uno de los

gastos que el deudor tributario ha debido soportar para no pagar la deuda, el coste del aval o garantía para suspender la ejecución, habría hecho surgir un derecho del contribuyente a exigir su devolución. Es obvio que a esa consecuencia se podría haber llegado también por la aplicación del ordenamiento jurídico de la responsabilidad administrativa, considerando que no había obligación del ciudadano de soportar un gasto puesto que éste había surgido como consecuencia de un funcionamiento (normal o anormal) de la Administración Pública, en una relación imputable a ésta y sin que se hubiera dado un supuesto de fuerza mayor. Que, en suma, se había dado una lesión patrimonial en el sujeto consecuencia de un actuar de la Administración que ésta debía asumir.

Aunque, decimos, esa hubiera podido ser una consecuencia realizada en el plano de la interpretación jurídica –como prácticamente sucede de forma general en el juego de la institución de la responsabilidad administrativa–, para evitar el planteamiento continuo de acciones de responsabilidad del ciudadano en este ámbito y actuando dentro de una norma de evidente contenido general “garantizador”, se ha considerado por el Legislador tributario conveniente la explicitación como derecho de ese supuesto, obviando así el planteamiento permanente (por la vía de la reclamación administrativa) de la existencia de ese “derecho” a la indemnización y siendo necesario, solamente, una labor de concreción del daño en el supuesto concreto.

La cuestión es si en el mecanismo permanente de interpretación que se puede dar en otras ramas del derecho distinto del tributario –por ejemplo, en

el que ahora nos ocupa de los daños producidos para suspender la ejecución de las sanciones administrativas-puede ser un elemento importante el considerar lo ya previsto por el Legislador para el supuesto de la suspensión de la ejecución de las deudas tributarias luego declaradas improcedentes por Sentencia o Resolución administrativa firme.

El párrafo anterior es meridianamente claro acerca de que no planteamos la cuestión en el plano de la analogía (“procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante ente los que se aprecie identidad de razón” dice el art. 4.1 del Código Civil), porque no creemos que ese sea el mecanismo adecuado para la resolución del problema sometido a nuestro Dictamen en cuanto que obligaría a una equiparación no siempre fácil de establecer entre la deuda tributaria y la sanción administrativa. Lo que indicamos, simplemente, es que el mecanismo interpretativo que siempre debe realizarse (subrayamos el siempre) para la aplicación de la institución de la responsabilidad administrativa, puede verse facilitado en su orientación hacia un determinado resultado por la observación de cómo el ordenamiento jurídico tributario, ha resuelto una cuestión relativamente semejante en el art. 3 c) de la Ley 1/1998 supra cit.

Para ello, y tratando a la vez tanto de la solución del caso concreto como del supuesto general al que se refiere, debemos ir examinando sucesivamente los contenidos de la institución de la responsabilidad administrativa para ver si se dan en el caso concreto.

V

Pero, previamente, observemos cómo regula el ordenamiento del procedimiento contencioso-administrativo la imposición de las medidas cautelares a los efectos de deducir alguna consecuencia general que pueda, igualmente, ayudar a nuestro proceso de razonamiento.

A esos efectos tenemos que observar que el art. 133.1 y 2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contiene la relación entre las cauciones o garantías y las medidas cautelares impuestas por los Tribunales. Observemos, por cierto, que la Ley 29/1998, no trata, en particular, de la suspensión de los actos administrativos sino en general de las medidas cautelares siendo evidente que la suspensión es una de las medidas cautelares que pueden imponerse. El precepto en los dos apartados indicados dice así:

“1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente”.

Parece claro que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha aplicado tal precepto de forma coherente al caso que nos ocupa.

En general, viene bien recordar también cómo configura la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su apartado VI. 5 a las medidas cautelares. Reproducimos el texto que nos interesa:

“Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”.

Es decir, es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) quien está en la base de la imposición por los Tribunales de medidas cautelares a las cuales puede ir asociada, si el Tribunal lo estima conveniente, una garantía o caución en la forma indicada por el art. 133.2 LJCA. Si esta institución de las medidas cautelares guarda relación con la realización, nada menos, que de un derecho fundamental, parece caer por su base la pretensión de la propuesta de resolución que se nos ha hecho llegar, de que el mero hecho de que la caución haya sido impuesta por un Tribunal y como consecuencia de una petición de suspensión de los reclamantes (y en aquél momento recurrentes) rompe el nexo de causalidad y exime a la Administración de toda responsabilidad. Difícilmente soporta el plano de la interpreta-

ción jurídica una consecuencia tan aberrante: que la realización de un derecho fundamental (art. 24 CE) impida el pleno ejercicio de una institución también prevista por la Constitución Española (art. 106.2 CE) y garantizada solemnemente hasta en el mismo Título preliminar de la Constitución (art. 9.3, cuando refiere el principio de responsabilidad de los poderes públicos). El razonamiento de la propuesta de resolución negativa de la responsabilidad y que es, además, el único existente, debe desecharse definitivamente.

VI

Superado el obstáculo relativo a la inexistencia de nexo causal que afirmaba la propuesta de resolución, observemos el resto de condiciones de producción de la responsabilidad administrativa en un supuesto concreto como el que nos ocupa o, en general, en otros que puedan resultar absolutamente semejantes a él.

En primer lugar parece claro que se ha producido una lesión entendida como un daño antijurídico que el dañado no tiene obligación de soportar. A esos efectos es clave el hecho de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha anulado la actuación administrativa. No importa que esa anulación sea producto de, meramente, una prolongación de la actuación administrativa más allá del plazo establecido para la tramitación del procedimiento sancionatorio. No importa, pues, que estemos ante un supuesto de caducidad y no haya habido un pronunciamiento sobre el fondo. Quizá la sanción, desde ese punto de vista material, estuvo fundada. No lo sabemos porque tampoco es el caso a los efectos de la emisión de un Dictamen en este expediente de res-

ponsabilidad. Pero es aquí donde merece la pena recordar lo previsto en el art. 3 c) de la Ley 10/1998 supra cit que refiere el contenido de la Sentencia o resolución firme a la declaración de que la deuda tributaria sea “declarada improcedente”, sin precisar que esa improcedencia pueda resultar de la existencia de motivos de fondo o, solamente, de forma.

Lo que funda la existencia de la lesión es, simplemente, que la actuación administrativa conducente a la imposición de la sanción, haya sido declarada improcedente, en este caso por Sentencia firme. Que la actuación administrativa previa se produjo al margen del ordenamiento jurídico y que en el marco de ese defecto original constatado, es cuando el particular reclamante realizó unos gastos haciendo uso del contenido de un derecho fundamental.

Parece obvio, por último, que en el caso que tratamos no se ha producido fuerza mayor eximente de la responsabilidad y, como ya hemos indicado supra, también se han cumplido los condicionamientos formales correspondientes (respeto del plazo del año para reclamar).

En el marco, entonces, de una actuación declarada improcedente, se produjo un gasto del particular en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva. Ese gasto, tendente a no ejecutar una deuda consistente en el pago de una sanción administrativa, es imputable a la Administración, puesto que no se habría producido si la Administración hubiera constatado el transcurso del tiempo apropiado para la tramitación del procedimiento administrativo y, consecuentemente, hubiera declarado ella

misma la caducidad del procedimiento absteniéndose de la imposición de la sanción.

La consecuencia parece obvia: se han producido en toda su extensión los supuestos reguladores de la responsabilidad administrativa y, en consecuencia, la Administración pública debe indemnizar en el caso concreto el coste del aval constituido para impedir la ejecución de la sanción. Y, claro está respondiendo a la petición del Consejero, en supuestos absolutamente iguales (recalamos estas palabras, “absolutamente iguales”) al que narramos, habrá de concluirse en idéntica situación versando los expedientes de responsabilidad únicamente en la concreción del hecho indemnizatorio que podrá obtenerse con la aportación de la prueba correspondiente.

Digamos, por otra parte, que el supuesto indemnizatorio en el que concluimos podría haberse alcanzado obteniendo del mismo Tribunal y por la vía de la aclaración de la Sentencia, un pronunciamiento en ese sentido si es que, claro está, se hubiera interesado del Tribunal en la demanda tal indemnización y el Tribunal hubiera omitido su respuesta a la cuestión en el fallo. Esta es la doctrina que se contiene, además, en un Auto del Tribunal Supremo citado por los reclamantes en su escrito inicial en el procedimiento que nos ocupa como es el Auto de 8 de julio de 1998, dictado en recurso de apelación núm. 2593/1992, y referido también a cuestiones tributarias. En el Auto se afirma el derecho a la indemnización por los gastos consistentes en la constitución de avales para garantizar la no ejecución de la resolución recurrida (que es lo que citan únicamente los reclamantes) y, consiguientemente y en

los presupuestos excepcionales en los que funciona la aclaración de Sentencias, la Sala Acuerda:

“Se aclara la Sentencia dictada el 18 abril 1998 en el presente Recurso de Apelación 2593/1992 en el sentido de incluir en el fallo que el Ayuntamiento de Mallén viene obligado a indemnizar a los recurrentes por los daños y perjuicios que les irrogó la prestación de avales u otras clases de garantías a fin de obtener la suspensión de las liquidaciones declaradas nulas, con abono de intereses legales desde la fecha en que fueron realizados hasta aquélla en que les sean resarcidos”.

Es obvio que añadimos esta última consideración solamente a los efectos de resaltar la “naturalidad” con la que la jurisprudencia contempla el hecho

indemnizatorio en el supuesto que nos ocupa, hasta el punto de considerar aplicable el excepcional recurso de aclaración a la hora de completar el sentido de un fallo anulatorio.

En mérito a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

Que procede apreciar responsabilidad de la Administración en la solicitud de indemnización formulada por F. S. C. y I. R. B., añadiendo que en supuestos absolutamente iguales al aquí tratado podrá el Departamento solicitante del Dictamen considerar producido el supuesto de hecho de la institución de la responsabilidad administrativa sin que ello implique la aplicación analógica de la normativa tributaria alegada sino, solamente, de la propia de la responsabilidad administrativa.”

COMENTARIO AL DICTAMEN 175/2003, DE 2 DE DICIEMBRE: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y REEMBOLSO DE LOS AVALES IMPUESTOS POR LOS TRIBUNALES EN VIA DE MEDIDA CAUTELAR EN RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA SANCIONES ADMINISTRATIVAS.

Por Antonio Embid Irujo

1. PLANTEAMIENTO DEL SUPUESTO DE HECHO.

El Dictamen 175/2003, de 2 de diciembre, se emite por la Comisión Permanente de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en el marco de una petición realizada por el Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes del Gobierno de Aragón en un procedimiento de responsabilidad administrativa instado por unos particulares. Existe, sin embargo, una clara singularidad en lo que es el trabajo usual de un órgano consultivo de la Administración pública en estos procedimientos de responsabilidad, como es el hecho de que el Consejero,

haciendo uso de una potestad que le reconoce el ordenamiento jurídico propio de este órgano consultivo (cfr. el art. 57 del Texto refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 3 de julio) le solicita también opinión para adoptar un criterio general con el que poder resolver supuestos semejantes al planteado. La cuestión cobra, por tanto, un interés superior a la mera emisión de un Dictamen en un trámite específico de un procedimiento administrativo singular puesto que la Administración activa, en función de la respuesta a la consulta formulada, puede adoptar un criterio para resolver de forma homogénea supuestos semejantes al planteado. Debemos indicar, inmediatamente, en qué consiste el problema, la pregunta y, claro está, la respuesta dada por el órgano consultivo aragonés.

La cuestión se origina por la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por unos ciudadanos en la que solicitan indemnización por unos daños sufridos. Indican los reclamantes, así, que les fue incoado un expediente sancionador por una presunta comisión de una infracción urbanística. El procedimiento concluyó con la imposición de una sanción por la comisión de una infracción urbanística grave no importando ni a los efectos del Dictamen ni, por supuesto, de este comentario, entretenernos en la descripción de la infracción y de su sanción.

Lo que sí importa es indicar que la sanción fue objeto de recurso administrativo y que éste fue desestimado. Contra la desestimación se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con fecha 30 de marzo de 1999. Una vez iniciado el procedimiento jurisdiccional, por Resolución del Servicio correspondiente de 30 de abril de 1999 se requirió a los sancionados para el pago de la sanción impuesta. Ante este requerimiento, se presentó ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia, escrito instando incidente de suspensión cautelar de la sanción impuesta. Fue resuelto mediante Auto de 5 de julio de 1999 acordando haber lugar a dicha suspensión cautelar pero “previa prestación de caución por cantidad de 600.000 pesetas, más los intereses legales correspondientes durante el tiempo que dure la suspensión”.

Con fecha 13 de julio de 1999 fue presentado aval bancario que fue declarado suficiente por el Tribunal mediante diligencia de ordenación de 20 de julio de 1999 procediéndose a la suspensión cautelar de la Resolución impugnada.

Finalmente, el procedimiento contencioso-administrativo concluyó mediante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de noviembre de 2002 en cuya parte dispositiva se estimó el recurso por no ser la resolución recurrida conforme a derecho, declarando en su lugar la caducidad del procedimiento y procedente el archivo de actuaciones.

Tras la Sentencia indicada, se presentó la reclamación por los gastos del aval sustentando los reclamantes su acción en alguna sentencia y auto del Tribunal Supremo que en supuestos de avales por petición de suspensión en procedimientos de impago de tributos, estiman la reclamación de responsabilidad consistente en el

pago de esos avales dado, además, el fundamento jurídico expreso que con posterioridad a dicha jurisprudencia se ha alcanzado en un precepto legal que luego se citará.

La propuesta de resolución que se hace llegar a esta Comisión desestima la reclamación con fundamento en que el aval presentado “fue una imposición del órgano jurisdiccional como consecuencia de la voluntad del recurrente de suspender la ejecución del acto administrativo. Por tanto, en ese momento desaparece cualquier posible relación de causalidad entre la Administración y el gasto originado por el aval, imposibilitando, así, el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Pero, como se ha indicado, la consulta a la Comisión no solo se formula para que se dictamine sobre esa propuesta de resolución sino a los efectos de establecer una doctrina que pudiera aplicarse a supuestos semejantes dado que no existe una regulación específica para el caso sino que la alegada por los reclamantes versa sobre recursos en el ámbito tributario, no en el sancionatorio administrativo.

2. EL CONTENIDO DEL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO SOBRE REEMBOLSO DE AVALES EN SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE DEUDAS TRIBUTARIAS. IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA AL SUPUESTO CONTROVERTIDO.

Pues bien, para la resolución del supuesto la Comisión parte del recordatorio a lo previsto en el art. 3 c) de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, que indica que es un derecho del contribuyente el de “ser reembolsado, en la forma fijada en esta Ley, del coste de los avales y otras garantías aportados para suspender la ejecución de una deuda tributaria, en cuanto ésta sea declarada improcedente por sentencia o resolución administrativa firme” (el art. 12 de la misma Ley 1/1998 desarrolla ese principio).

En opinión de la Comisión Jurídica Asesora, lo que hace el ordenamiento tributario es llevar a una Ley de ese sector normativo, una de las consecuencias de la existencia de la responsabilidad administrativa. Es decir, el legislador tributario, animado por el espíritu de la reposición integral en el patrimonio del sujeto dañado –que es la clave del entendimiento de la institución de la responsabilidad administrativa-, regula en el ámbito concreto del coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda tributaria, una consecuencia indemnizatoria cuya causa estribaría en la declaración de improcedencia de dicha deuda tributaria tanto fuera llevada a cabo por Sentencia como por resolución administrativa firme.

Es ésta una solución que, por otra parte, ya es conocida en otros sectores del ordenamiento jurídico siempre que, sin más, se reconoce en las normas un derecho a la indemnización cuando se dan determinados supuestos (piénsese en la legislación relativa a los resultados dañosos de las acciones terroristas y en la que el Estado asume ex lege la indemnización de unos daños a las personas que él, obvia-

mente, no ha causado directamente y cuya única imputación al mismo podría provenir de una interpretación –bien problemática- relativa a una omisión en su acción de vigilancia). Lo que ha hecho el Legislador es dar una respuesta general en este ordenamiento tributario a lo que caso por caso, podría también haberse alcanzado por aplicación de los principios de la responsabilidad administrativa.

El problema jurídico reside en decidir si puede aplicarse por analogía al ordenamiento jurídico sancionador, lo expresamente previsto en el ordenamiento tributario. La Comisión Jurídica Asesora estima que la aplicación analógica, tal y como la dispone el art. 4.1 del Código Civil, no es aplicable en este caso pues no es posible realizar una equiparación entre la deuda tributaria y la sanción administrativa. No obstante y frente a ello, la Comisión decide que a falta de norma específica en el ordenamiento jurídico sancionador, podrá ser un elemento interpretativo muy importante lo previsto en el ordenamiento jurídico tributario, aun cuando siempre deberá practicarse un procedimiento específico de responsabilidad administrativa.

3. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. NO PUEDE NEGARSE EL NEXO CAUSAL CUANDO LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO ESTÁ VINCULADA A LA REALIZACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.

Es necesario, entonces, entrar a ver en el caso concreto si se han producido los elementos determinantes de la responsabilidad y lo mismo deberá realizarse en cuantos supuestos sean semejantes a éste. No obstante que ahora nos refiramos solo a un caso particular y a la imposibilidad de establecer un criterio general, no está exento de interés el mecanismo de razonamiento jurídico seguido por la Comisión.

Ese interés reside, sobre todo, en encontrar el nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño causado. Recuérdese que la propuesta de resolución enviada por la Administración a la Comisión era denegadora de la indemnización basándose, precisamente, en que el aval había sido impuesto por el Tribunal Superior de Justicia y no por la Administración y en que, por ello, no se podía establecer la relación de causalidad entre una actuación administrativa y la producción del daño.

Para superar este evidente obstáculo, la Comisión recuerda la fundamentación de las medidas cautelares reguladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en el derecho a la tutela judicial efectiva regulado en el art. 24 CE tal y como dice específicamente la exposición de motivos de dicha Ley. Resulta, así, que la imposición de una caución tal y como indica el art. 133 de la LJCA tiene su base en un derecho fundamental. Usa de un derecho fundamental quien solicita ante los Tribunales la adopción de una medida cautelar.

Lo que la Comisión deduce de ello es que si la institución de las medidas cautelares guarda relación con la realización, nada menos, que de un derecho fundamental, “parece caer por su base la pretensión de la propuesta de resolución que se nos ha hecho llegar, de que el mero hecho de que la caución haya sido impues-

ta por un Tribunal y como consecuencia de una petición de suspensión de los reclamantes (y en aquél momento recurrentes) rompe el nexo de causalidad y exige a la Administración de toda responsabilidad. Dificilmente soporta el plano de la interpretación jurídica una consecuencia tan aberrante: que la realización de un derecho fundamental (art. 24 CE) impida el pleno ejercicio de una institución también prevista por la Constitución Española (art. 106.2 CE) y garantizada solemnemente hasta en el mismo Título preliminar de la Constitución (art. 9.3, cuando refiere el principio de responsabilidad de los poderes públicos). El razonamiento de la propuesta de resolución negativa de la responsabilidad y que es, además, el único existente, debe desecharse definitivamente”.

Si el obstáculo de la falta del nexo causal debe rechazarse como causa obstativa de la apreciación de la responsabilidad, la Comisión debe pasar a examinar el resto de requisitos de producción de la responsabilidad. A esos efectos le parece clave para la existencia de la “lesión” el hecho de que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón haya anulado la actuación administrativa y ello con independencia de que las razones de la anulación sean puramente formales (caducidad del procedimiento) y no de fondo. Es en ese punto donde vuelve a tener interés la regulación específica tributaria que refiere el contenido de la Sentencia o resolución firme a la declaración de que la deuda tributaria sea “declarada improcedente”, sin precisar que esa improcedencia pueda resultar de la existencia de motivos de fondo o, solamente, de forma.

La conclusión se adivina ya: Es en el marco de una actuación declarada improcedente por los Tribunales en la que se produjo un gasto del particular en el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la tutela judicial efectiva. Ese gasto, tendente a no ejecutar una deuda consistente en el pago de una sanción administrativa, es imputable a la Administración, puesto que no se habría producido si la Administración hubiera constatado el transcurso del tiempo apropiado para la tramitación del procedimiento administrativo y, consecuentemente, hubiera declarado ella misma la caducidad del procedimiento absteniéndose de la imposición de la sanción. Por ello se han producido en toda su extensión los supuestos reguladores de la responsabilidad administrativa y, en consecuencia, la Administración pública debe indemnizar en el caso concreto el coste del aval constituido para impedir la ejecución de la sanción.

Lo que quiere decir, indica la Comisión respondiendo finalmente a la petición del Consejero de establecimiento de doctrina, que solo en supuestos absolutamente iguales al que se narra, habrá de concluirse de idéntica manera versando los expedientes de responsabilidad únicamente en la concreción del hecho indemnizatorio que podrá obtenerse con la aportación de la prueba correspondiente.

4. REFLEXIÓN FINAL Y REFERENCIA FINAL AL DERECHO ACTUALMENTE VIGENTE.

Apunto, finalmente, que la Comisión se ha negado a realizar un planteamiento absolutamente analógico al supuesto de lo regulado para el ordenamiento jurídi-

co tributario porque ello hubiera equivalido a una labor de “creación normativa” para lo que le falta competencia. Incluso no hubiera podido emprender la labor, tan interesante, de establecer una comparación entre el supuesto de anulación de una decisión tributaria y el de una sanción administrativa.

Pero, aun sin ese tipo de conclusión, el tipo de razonamiento desarrollado facilitará grandemente en el futuro la labor de la Administración activa de práctica de los procedimientos de responsabilidad y de confección de las consiguientes propuestas de resolución en supuestos que sean semejantes a éste.

Concluyo indicando que la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, ha sido derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Es ahora el art. 34.1.c) en conexión con el art. 33 de esta Ley quien regula el reembolso de los costes de las garantías y es este precepto, entonces, el que sustituirá el contenido de los arts. 3 c) y 12 de la Ley 1/1998 a partir del día 1 de julio de 2004, que es la fecha en que con generalidad entra en vigor la Ley General Tributaria.

Dictamen 180/2003, de 2 de diciembre.

Revisión de oficio de acuerdo municipal por el que se reconoció a J.R.M. la propiedad del conjunto de fincas ubicadas dentro de la delimitación del monte catalogado como de utilidad pública denominado “Diezma”, en el término municipal de Grisel.

“... **II**

Dos son los supuestos sobre los que se ha fundamentado la propuesta de declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de 2 de abril de 1988 adoptado por la Asamblea Vecinal de Grisel: adopción por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia [arts. 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA) y 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC)] y prescindiendo de las normas que contienen las

reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados [arts. 47.1.c) de la LPA y 62.1.e) de la LPAC].

III

Antes de entrar en el estudio de la falta de requisitos esenciales en la formación de la voluntad del órgano colegiado, en este caso de la Asamblea Vecinal del Municipio de Grisel, conviene advertir que el artículo 47.1.c) de la LPA hace referencia a “los actos de la Administración” y el artículo 62.1 de la LPAC la hace a “los actos de las Administraciones públicas”, ambos sin distinción;

que el artículo 102.1 de la LPAC exige el informe favorable del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equivalente al Consejo de Estado, si lo hubiere, para declarar la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa; que la revisión de los actos así viciados puede hacerse en cualquier momento y, finalmente, que el gobierno de un Municipio por Ayuntamiento se contrapone al gobierno por Concejo Abierto, como claramente queda expresado en el artículo 19 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), en relación con los artículos 20 y 29 de la misma Ley.

Pues bien, además del reconocimiento que la Constitución hace del régimen de Concejo Abierto (denominación arraigada en el pasado, en el que se diferenciaron los Concejos abiertos de los que se dicen particulares), el texto constitucional efectúa en su artículo 140 una remisión a Ley para “la regulación de las condiciones en las que proceda”, y en la fecha en la que se adoptó el acuerdo cuya revisión se pretende la legislación aplicable estaba constituida por la LBRL, en la que se determina (art. 29.3) que de la Asamblea Vecinal “forman parte todos los electores”, para seguidamente señalar que se ajustará “su funcionamiento a los usos, costumbres y tradiciones locales, y, en su defecto, a lo establecido en esta Ley y las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local”. Además, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), aprobado por el R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril, remite en su artículo 53 la regulación del funcionamiento “de las Asambleas Vecinales en el régimen de Concejo abierto” a lo establecido en los

artículos anteriores, es decir, a las disposiciones comunes de funcionamiento de las Entidades Locales.

Es en el Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre, donde se hallan preceptos más específicos para enjuiciar el supuesto sometido a Dictamen. En efecto, su artículo 54 establece que el funcionamiento de los Municipios en régimen de Concejo Abierto las atribuciones de sus órganos se regirán, en primer lugar, “por los usos, costumbre y tradiciones locales”, y análoga preferencia está contenida en el artículo 111.1 respecto a su funcionamiento, por lo que serán de aplicación supletoria las determinaciones de los apartados restantes de este artículo relacionadas con las convocatorias de las Asambleas vecinales, su constitución y la adopción de acuerdos.

En consecuencia, es el apartado 3 del artículo 111 del Reglamento últimamente citado (que cuantitativamente coincide no sólo con el artículo 90 del mismo texto reglamentario, sino también con el artículo 46.c) de la LBRL por lo que respecta al Pleno de los Ayuntamiento) el que ha de tenerse en cuenta pues en él se regulan los requisitos para la válida constitución de las Asambleas Vecinales, a cuyo efecto exige que “habrá de asistir una tercera parte de los vecinos, presentes o representados, que a ello tengan derecho”, es decir impone esta norma un quórum de asistencia, directa o por representación, de los “vecinos” del Municipio con falta de correspondencia con la Ley que refiere a los “electores” la pertenencia a la Asamblea Vecinal. Un sector de la doctrina científica estimó más adecuado el texto reglamentario, pero no

había identidad total entre la condición de elector y de vecino, actualmente diferenciados de forma sustancial por las modificaciones legales habidas (arts. 15 de la LBRL, modificado por la Ley 4/1996, de 10 de enero, y 176 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, reformado por la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo), y los términos de la Ley son claros, por otra parte coincidentes en la referencia a los “electores” como integrantes (Concejales se dice en las leyes que van a ser objeto de cita) del Concejo Abierto o de la Asamblea con los del Estatuto Municipal (art.42), Ley de Bases de 1935 (Base V) y Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952 (art. 100), al igual que sucede con el texto del artículo 48 de la LALA.

IV

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, resulta evidente que, dados los datos que obran en el expediente, los asistentes a la Asamblea Vecinal celebrada el día 2 de abril de 1988 fueron 14, careciendo uno de ellos de la cualidad de elector, y siendo 46 el número de electores, o lo que es lo mismo de miembros de la Asamblea Vecinal de Grisel, no alcanzaba un número de asistentes que representara el tercio del total de sus miembros exigido por la normativa aplicable, sin que, por otra parte, conste que alguno de los asistentes ostentara la representación de otro u otros de los integrantes de la Asamblea Vecinal no asistentes a la misma.

Ahora bien, la LPA y LPAC, se ha dicho, han limitado la existencia de un vicio en la formación de la voluntad de los órganos colegiados a la inobservancia de los “requisitos esenciales” para

tal formación, lo que supone la inclusión en el texto de la Ley de un concepto jurídico indeterminado, de modo que si procede calificar como requisito esencial la falta del “quórum” establecido para la válida constitución la Asamblea Vecinal existirá un vicio que entraña la nulidad de pleno derecho, y así lo estima esta Comisión.

Es cierto que la atribución de una tacha tan trascendente a la constitución de la Asamblea Vecinal, que afectará a los acuerdos adoptados por el órgano colegiado inválidamente constituido, sobre lo que posteriormente se volverá (Consideración jurídica VI), obliga a aplicar el criterio legal de forma restrictiva y con especial moderación, o “con mucha parsimonia o moderación” como ya señaló la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1936, pero esta forma de actuar no elimina la consideración efectuada del vicio aludido, máxime cuando la deficiencia se mantuvo en el momento de adoptar el acuerdo cuya revisión se pretende.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1991 destaca cuales son reglas esenciales en la formación de la voluntad de los órganos colegiados, sin cuya necesaria observancia no existirán las oportunas garantías jurídicas, y, según esta Sentencia, tienen este carácter:

a) Las reglas que regulan la convocatoria de los miembros componentes del órgano colegiado; en cuanto que éstos han de conocer con la antelación temporal suficiente, que la norma expresamente determina, para disponer lo necesario en orden a asegurar su asistencia física a las sesiones de aquél, así como

para trabar exacto conocimiento del objeto o materia de la que se ha de tratar en cada sesión, máxime cuando por la naturaleza de aquélla son precisos conocimientos, asesoramientos o estudios para hacer un análisis reflexivo de la cuestión que se ha de someter a su consideración. b) Las reglas que determinan la composición del Órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos; estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trate. c) Las reglas que determinan la forma en que ha de hacerse la «Orden del día», referente a las materias que se han de tratar en cada sesión del Órgano, que exigen que ésta sea lo suficientemente clara para que los miembros que lo componen, se decidan a asistir a las mismas y tengan previo y concreto conocimiento de lo que en cada sesión se va a tratar. d) Las reglas que establecen la formación del «quórum de asistencia y votación», para lo que es preciso consignar en el acta de cada sesión el número de convocados, el de asistentes y el de votantes, y, cuando sea preciso, la calidad de todos ellos. e) Las reglas que se refieren a la deliberación de los asistentes, en relación con cada tema de la Orden del día y su votación.

A su vez, los efectos señalados de una inválida constitución de órgano colegiado también han sido puestos de relieve por la jurisprudencia del mismo Tribunal, de la que es ejemplo la Sentencia de 18 de febrero de 1983 al

decir ante un supuesto de un número inicial insuficiente de miembros de un Ayuntamiento:

Siendo esto así, la nulidad del mencionado acto, así como los acuerdos que en dicha sesión se tomaron son nulos, por cuanto en la formación de la voluntad del Órgano Colegiado se vulneró aquel precepto legal, invocado, según establece el art. 47 de la L. Pro. Adm., ap. C), sin que sea admisible el argumento de exigirse solamente en el momento de constituirse la sesión la asistencia de sus miembros en la proporción legal indicada, aunque posteriormente se reduzca pues la voluntad exigida en el Precepto de la Ley Procedimental referida se forma en el momento de manifestarse dicha voluntad y no por la presencia física de sus miembros en el momento originario de su constitución; lo contrario supondría romper la unidad de acto de las sesiones en lo referente a las personas asistentes a las mismas y privar al precepto, que marca el número de asistentes, de la finalidad evidente de determinar un criterio de la Corporación que no puede tener fundamentación bastante con número inferior al legalmente exigido para opinar.

V

Después de llegar a este posicionamiento, y tras recordar que el artículo 102 de la LPAC admite la declaración de oficio de la nulidad de los actos administrativos “en cualquier momento”, no cabe omitir la existencia de límites a la revisión establecidos en el artículo 106, pero se estima que no concurren en este caso los supuestos

enumerados en el mencionado artículo, ya que podrán residenciarse ante los órganos jurisdiccionales del orden civil los problemas de propiedad suscitados por el reclamante, sin que se aprecie quiebra de la equidad, del principio de buena fe o de las leyes, ni se prive al reclamante de derechos que ostente con anterioridad a la posible revisión.

Con referencia al articulado de la LPA, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 advirtió:

La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el artículo 109.

Pero ante los hechos concurrentes, la revisión de oficio no quebrará el principio de seguridad jurídica pues ni privará al reclamante de ningún derecho que antes tuviera, algo muy distinto a su reconocimiento, parece ser que de

plano, por la Asamblea Vecinal inadecuadamente constituida en su inicio y en la adopción del acuerdo a revisar.

VI

Ya se ha apuntado en la precedente consideración jurídica V de este Dictamen la modificación introducida por la LPAC en la materia objeto de regulación en el artículo 102 respecto al artículo 109 de la LPA. Como consecuencia de este cambio la declaración de nulidad ha quedado limitada a los “actos administrativos” y no a los “actos” de las Administraciones Públicas a los que por falta de distinción se extendía la LPA, cambio que, sin embargo, no se ha producido en lo que respecta al ámbito general de la incurción en nulidad de los casos especificados en ambas Leyes (arts. 47.1 LPA y 62.1 LPAC).

La doctrina científica ha señalado que las cuestiones relativas a la formación de la voluntad de los órganos de los entes públicos son residenciables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues en toda actividad jurídica, aun cuando el resultado recaiga en el campo privado, hay fases previas y posteriores sometidas al derecho administrativo, que se integran en los actos separables que tienen su base en la distinción entre acto constituyente y relación constituida. De esta manera, “la actividad no administrativa de la Administración queda al descubierto, discutiéndose ante los jueces de cada orden lo que afecta intrínsecamente a la relación constituida”.

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya dijo en la Sentencia de 7 de diciembre de 1973, con motivo de una “concordia” privada suscrita

por dos Ayuntamientos para la fijación de límites de un monte, reiterando lo que ya constaba en la Sentencia de 13 de mayo de 1970, que:

“El Alcalde-Presidente que concurre al otorgamiento de la escritura de transacción o concordia no era portador de la voluntad colectiva necesaria-regular y legalmente formada- de la Corporación, en cuyo nombre debía actuar; expresando por el contrario un querer insuficiente en sus propios términos para integrar desde el punto del disponente que transige el consentimiento que con carácter imperativo para todo contrato exige el artículo 1261 del Código Civil, cuya falta de existencia tiene forzosamente que llevar aparejada la consecuencia que en el mismo precepto se establece en el sentido de que <<no hay>> contrato, es inexistente”.

En el caso que nos ocupa se efectuó una reclamación previa a la vía judicial civil, regulada en el Capítulo III del Título VI de la LPA y actualmente en el Capítulo II del Título VIII de la LPAC, y a ella se refiere el artículo 137 de la LALA. El fondo de la reclamación fue la solicitud del reconocimiento por parte de Administración municipal de Grisel de la propiedad del reclamante sobre las fincas relacionadas en su escrito de reclamación, y la resolución adoptada, con vicio de nulidad en la formación de la voluntad del órgano resolutorio, fue estimatoria de la reclamación, aun cuando su texto merece un juicio crítico desfavorable.

El Consejo de Estado también en su Dictamen de 8 de mayo de 1970 (nº 36.959) se planteó “el problema relativo a la susceptibilidad de revisión de

oficio de las resoluciones previas de carácter civil o laboral, ya que respecto a las mismas se produce la cuestión de su previa calificación como actos sujetos al régimen administrativo en una zona del Derecho administrativo lindante con las ramas externas al régimen jurídico-administrativo, como son las de carácter civil o laboral”.

A continuación su criterio quedó así expresado:

Desde tal punto de vista, el Consejo de Estado estima que tales actos ofrecen un aspecto indudablemente administrativo, que es el procedimiento en el cual han sido adoptados en cuanto dicho procedimiento no debe dejar de reunir los requisitos externos de la resolución adoptada, imperativamente exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, entre los que se encuentran los de la competencia del órgano que resuelve, la presencia del procedimiento administrativo de resolución y de las reglas de formación de la voluntad de los órganos colegiados, en su caso. La ausencia total de dichos requisitos externos, en cuanto pudiese configurarse en alguno de los supuestos del artículo 109 de la LPA, en relación con el artículo 47, párrafo primero, de la misma, puede, sin duda, dar lugar a la revisión de oficio de la resolución dictada, sin que, por ahora, estime el Consejo de Estado necesario entrar en el examen de si dicho tipo de resoluciones puede o no ser objeto también de revisión de cuestiones de fondo, al amparo del artículo 110 de la antedicha LPA.

Las anteriores observaciones han llevado a la doctrina científica a sustentar

que no hay duda de que “es posible la declaración de nulidad en cuanto a los llamados requisitos externos, pero no cabe acudir a la anulabilidad por vicios internos porque esto es competencia de los jueces ordinarios”.

Se alude inadecuadamente por el reclamante para fundamentar su reclamación al artículo 23.1.a) del TRRL por la referencia que en este artículo se hace a la transacción que, por cierto, únicamente aparecía referida a las haciendas locales, pero no se está ante una transacción sino ante el reconocimiento la Administración municipal de una reivindicación de propiedad.

En efecto, la transacción está conceptualizada como contrato en el artículo 1809 del Código Civil en virtud del cual “las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”, y la jurisdicción ha aplicado reiteradamente la estructura jurídica transaccional a aquellas relaciones en las que se daban los dos requisitos clásicamente exigidos, la duda y el litigio, reuniendo, pues, el objeto del negocio la doble condición de *res litigiosa* y *res dubia*. En la misma línea la doctrina del Consejo del Consejo de Estado viene señalando que “son tres los elementos esenciales de la transacción: primero, una relación jurídica incierta, o sea, una causa o posibilidad litigiosa, o al menos tenida por tal, aun cuando, realmente no haya fundamento para la duda; segundo, la intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por una relación cierta e indiscutible; tercero una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual cada una de ellas, dando, reteniendo o prometiendo algo, sufra un sacrificio”, y es clara la

falta de concurrencia de los requisitos señalados”(Dictamen 38.157, de 28 de septiembre de 1972. Vid asimismo Dictamen 41.388, de 24 de mayo de 1978, y el más reciente nº 1984/1999, de 29 de julio).

A su vez, la propuesta aprobada de iniciación del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de 2 de abril de 1988 se fundamentó en la manifiesta incompetencia de la Asamblea Vecinal para alterar con su acuerdo el deslinde del monte “Diezma” y por estar reservada la enajenación a la Ley, así como en la omisión total y absoluta del procedimiento por no haber emitido informe el Secretario del Concejo Abierto.

En primer lugar, ha de indicarse que en el artículo 2 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 (LM) –cuya vigencia se mantiene en virtud de lo establecido en la Disposición Final Sexta de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes-, al igual que en el artículo 44 de su Reglamento, aprobado por Decreto de 22 de febrero de 1962 (RM), efectivamente aparece impuesta con carácter general, junto a supuestos de excepción, la exigencia de una Ley para enajenar montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, pero el reconocimiento de la propiedad de fincas localizadas dentro de la delimitación de un monte catalogado no es un acto de enajenación, nada se transmite.

Se basa además la sustentada manifiesta incompetencia del órgano municipal para alterar el deslinde en lo dispuesto en el artículo 14.d) de la Ley de Montes que atribuye la resolución de los procedimientos de deslinde a la Administración del Estado, si bien como consecuencia de los trasposos de funciones y servicios de Estado llevados a

cabo por el R.D. 1410/1984, de 8 de febrero, en relación con los artículos 148.1.8ª de la Constitución y 35. uno. diez del Estatuto de Autonomía (15ª en el texto vigente), tal atribución competencial ha pasado a ostentarla la Administración de la Comunidad Autónoma, y claro ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1995, resolviendo un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Gúdar contra la Sentencia de la Audiencia de Teruel en la que el demandante fue el Ayuntamiento de Allepuz y demandados el Ayuntamiento de Gúdar y la Diputación General de Aragón, y la materia el ejercicio de una acción declarativa sobre la mitad indivisa de un monte inscrito en el Catálogo de Montes Públicos.

Partiendo de la falta de competencia municipal para aprobar o modificar el deslinde de un monte catalogado, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 12 de la LM y 79 del RM, ha de indicarse que no es ese el supuesto producido: el reconocimiento a favor de tercero de la propiedad de fincas resolviendo una reclamación previa a la vía judicial civil, pues no hay identidad entre la inscripción de un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y su deslinde, como se desprende de los artículos 6 y 11 y siguientes de la LM.

El criterio sustentado por esta Comisión, anteriormente expresado, tiene apoyo en lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 14 de la LM en cuanto se refieren a la reclamación previa al ejercicio de las acciones civiles, por otra parte, como se ha indicado, objeto de regulación en la LPA y en la LPAC, y muy especialmente en los artículos 50 y siguientes del RM, ya que el citado artículo 50 admite la exclusión de la

totalidad o parte de un monte del Catálogo cuando la Entidad a quien se le asigne la pertenencia haya sido vencida por un particular en juicio declarativo ante los órganos del orden judicial civil, pero la demanda no será admisible hasta que se acredite haber agotado previamente ante el Estado, antes del traspaso de competencias sobre la materia, o ante la Administración de la Comunidad Autónoma, después del citado traspaso, la reclamación previa a la vía judicial civil, y esta reclamación también será de interposición preceptiva ante las Entidades Locales cuando se trate de montes propiedad de estas Entidades (art. 55 de RM), por lo que serán necesarias ambas reclamaciones, o lo que es lo mismo, estimada la reclamación por la Asamblea Vecinal será también necesaria la estimación por la Administración del Estado de la reclamación previa interpuesta ante ella o, en el caso de que no hubiera sido interpuesta o estuviera pendiente de resolución, por la Administración de la Comunidad Autónoma, y, en el supuesto de que fuera desestimada, el reclamante podrá ejercitar la acción declarativa o reivindicatoria ante los órganos de la jurisdicción civil que sean competentes.

En definitiva, de la estimación de las reclamaciones previas a la vía judicial civil puede resultar excluida parte o la totalidad de un monte del Catálogo, lo mismo que sucederá en el caso de Sentencias firmes que estimen las pretensiones de los demandantes, por lo que se considera que no se está ante un supuesto de manifiesta incompetencia de la Asamblea Vecinal.

Por último, se ha indicado que el acuerdo se adoptó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido [arts. 47.1.c) de

la LPA y 62.1.e) de la LPAC] por omisión del informe de la Secretaría municipal impuesto en el artículo 54.1.3 del TRRL, debiendo entenderse que la referencia se ha hecho a los apartados 1.b) y 3 del citado artículo, que establecen la necesidad del informe del Secretario cuando se exija una mayoría cualificada para la adopción de los acuerdos (ap. 1.b) o cuando se trate de un acuerdo de ejercicio de acciones necesarias para la defensa de bienes (ap. 3), caso éste último no coincidente con el acuerdo en trámite de revisión ya que el reconocimiento efectuado de propiedad de fincas no constituye el ejercicio de una acción de defensa de bienes. Además, los supuestos de mayoría cualificada para la adopción de acuerdos están relacionados en el artículo 47 de la LBRL, y con posterioridad a la adopción del acuerdo de la Asamblea Vecinal en el artículo 126 de la Ley de Administración Local de Aragón, y nuevamente ha de señalarse que no se está ante una enajenación de bienes que exceda del 10% de los recursos ordinarios [ap. 2.k) en el texto del artículo 47 vigente en el momento de la adopción del acuerdo, posteriormente modificado por la Ley 11/1999].

Consiguientemente, esta Comisión sustenta un criterio opuesto a la existencia de omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido por el motivo señalado últimamente. En este sentido en su jurisprudencia más reciente el Tribunal Supremo viene sustentando que puede constituir defecto en la tramitación o instrucción del procedimiento pero no una omisión radical, sirvan de ejemplo las Sentencias 7 de febrero y 13 de noviembre de 2000. En el fundamento de derecho quinto de la primera de las Sentencias citadas el mencionado Tribunal ha indicado:

Los pronunciamientos sobre la trascendencia de la falta de informes preceptivos de los Secretarios de las Corporaciones locales y, más aún, si se contemplan con generalidad los informes de otros órganos técnicos son necesariamente casuísticos, y buena prueba de ello son las sentencias que se citan en el escrito de formalización del recurso de casación. Pero puede entenderse como criterio de la jurisprudencia más reciente el que considera que tal omisión no da lugar a una nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con lo que establecía el artículo 47 c) LPA [art. 62 e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJ-PAC, en adelante]; esto es, no equivale a «prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». Siendo ello así, de acuerdo con la teoría de la invalidez de los actos administrativos, la consecuencia del incumplimiento del requisito de que se trata no puede ser otro que el de la nulidad relativa o anulabilidad del artículo 48 LPA (art. 63 LRJ-PAC), y ello, claro está, siempre que, conforme a las previsiones del apartado 2 del precepto, hubiere privado al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o hubiere producido indefensión (cfr. 25 de mayo de 1996, entre otras).

No obstante, al no haberse dispuesto del expediente relacionado con la adopción del acuerdo de 2 de abril de 1988 se desconocen las actuaciones

procedimentales habidas, que incluso han podido omitir de forma total la tramitación o instrucción del procedimiento. También se desconoce si el reclamante ha aportado documentos que acrediten fehacientemente su titularidad de las fincas y las inscripciones en el Registro de la Propiedad, como asimismo se desconoce la titularidad del Municipio sobre las mismas fincas, teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 6 de la LM, y las inscripciones obligatorias impuestas en el artículo 11 de la LM y 69 y siguientes del RM, o incluso la existencia de títulos contrapuestos o duplicidad de inscripciones registrales (en este último caso la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sustentada por el reclamante tendría la respuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala tercera– de 19 de diciembre de 1986), pero, en todo caso, este Dictamen ha de limitarse a

mostrar su criterio sobre la concurrencia de vicios de nulidad en el acuerdo de la Asamblea Vecinal de 2 de abril de 1988.

Por cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

“Procede, de acuerdo con los criterios sustentados en las Consideraciones jurídicas de este Dictamen, informar favorablemente la revisión de oficio del acuerdo de 2 de abril de 1988 adoptado por la Asamblea Vecinal del Concejo Abierto de Grisel, sobre reconocimiento de la propiedad de fincas en el monte catalogado denominado “Diezma” a favor de J.R.M. por concurrir en este acuerdo un vicio de nulidad de pleno derecho por omisión de las reglas esenciales en la formación de la voluntad del citado órgano colegiado”.

Comentario al Dictamen 180/2003

Por Federico Larios Tabuenca

Como consecuencia del acuerdo adoptado por la Asamblea Vecinal del Municipio, relacionado con la revisión de oficio de otro acuerdo precedente por el que se estimó una reclamación previa a la vía judicial civil sobre el reconocimiento a favor del reclamante de la propiedad de varias fincas incluidas en un monte catalogado, ha sido emitido por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón el preceptivo Dictamen.

Los vicios de nulidad que dieron lugar a la iniciación del procedimiento fueron: 1)- incumplimiento de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; 2)- adopción del acuerdo por órgano manifiestamente incompetente por razón de materia; y 3)- omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. El fundamento de estos extremos quedó referido a la inválida constitución, por insuficiencia de asistentes, de la Asamblea Vecinal que adoptó el acuerdo; a la exigencia de ley para alterar la delimitación del monte catalogado, modificada por el reconocimiento, enajenación se dijo, de la propie-

dad privada de las parcelas reclamadas; y a la inexistencia del preceptivo informe del Secretario municipal, previo a la adopción del acuerdo.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al mismo tiempo que tasa los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones Públicas (art. 62) incluye conceptos jurídicos indeterminados, y entre ellos el de las “reglas esenciales”, pero, a diferencia de los “requisitos esenciales”, existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha contribuido a su delimitación al calificar como tales las que regulan la convocatoria, las que determinan su composición, las que establecen la formación del orden del día, las que fijan el *quórum* de asistencia y votación y las que se refieren a la deliberación de los asistentes.

Aplicar estas reglas a las Asambleas Vecinales de los Municipios con régimen de Concejo Abierto en lo referente al *quórum* de asistencia y votación, cuando falte uso costumbre y tradición local al respecto, exige que el cómputo se haga atendiendo al número de “electores” del Municipio, porque así se dice en la Ley, y no al de “vecinos”, como señala el Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, a pesar de la acogida favorable dispensada por parte de la doctrina científica.

Pues bien, en el caso considerado el número de asistentes, directos o representados, fue inferior al tercio del de electores, tanto en la constitución de la Asamblea Vecinal como en la adopción del acuerdo sometido a revisión de oficio, lo que lleva consigo un vicio de nulidad de pleno derecho en la formación de la voluntad del órgano colegiado.

Si con referencia al funcionamiento de las Asambleas Vecinales es escasa la doctrina jurisprudencial, cuando se trata de enjuiciar la trascendencia de este vicio en los actos de las Administraciones Públicas que estimen o rechacen reclamaciones previas a la vía judicial civil cabe decir que tal doctrina es inexistente, y casi podría decirse lo mismo de la doctrina científica a no ser por la existencia de alguna excepción, y, con menor intensidad, de la emanada del Consejo de Estado de la que, al menos, puede mencionarse la contenida en su Dictamen 36.959, de 8 de mayo de 1970, que si bien estima que tales actos ofrecen un aspecto indudablemente administrativo y han de reunir los requisitos “externos” exigidos por la Ley, cuya ausencia puede dar lugar a la “revisión de oficio de la resolución dictada”, no examina, por “innecesaria”, la procedencia de que la revisión abarque las cuestiones de fondo, algo que enlaza con el criterio de la doctrina científica al limitar ésta la posible declaración de nulidad a los requisitos externos, sin comprender la de los vicios internos atribuida a la jurisdicción ordinaria.

También se suscitó en el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio la concurrencia de una manifiesta falta de competencia de la Asamblea Vecinal por estimar que el acuerdo alteraba el deslinde de un monte incluido en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y la enajenación de montes catalogados exige una ley (art. 2 de la Ley de Montes de 1957, vigente en el momen-

to de la adopción del acuerdo). Esta exigencia supone una aproximación a la inalienabilidad que para los montes de dominio público forestal, y por tanto de los incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, establece la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, pero el reconocimiento de la propiedad privada de fincas localizadas dentro de la delimitación del monte catalogado no constituye enajenación de las mismas, ni tampoco un acto municipal de modificación del deslinde.

Por otra parte, la reclamación previa a la vía judicial civil ha debido interponerse también ante la Administración de la Comunidad Autónoma, y no consta que se haya llevado a cabo, y la estimación de las pretensiones del reclamante daría lugar a una exclusión parcial de terrenos del monte catalogado, por lo que no se está ante un acto adoptado por un órgano manifiestamente incompetente.

A su vez, la omisión del informe de la Secretaría municipal no tiene la trascendencia que ha sido atribuida a este defecto hasta el extremo de producir la nulidad del acto, pero, además, el reconocimiento efectuado sobre la propiedad de fincas no constituye el ejercicio de una acción para la defensa de bienes municipales, ni, como ya se ha dicho, la enajenación de éstos.

La conclusión a la que se llega en el Dictamen es favorable a la revisión de oficio del acuerdo de la Asamblea Vecinal por estimar que concurre un vicio de nulidad de pleno derecho por omisión de las reglas esenciales en la formación de la voluntad del mencionado órgano municipal, sin entrar a enjuiciar las cuestiones de fondo.

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

Dictamen 19/1998, de 29 de septiembre

Responsabilidad patrimonial como consecuencia de daños producidos en automóvil por la irrupción en la calzada de un jabalí.

“... Segundo

La responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa por daños causados por animales de caza

La interpretación del régimen jurídico existente en materia de responsabilidad por daños causados por animales de caza exige establecer un criterio general que pueda resultar aplicable a los numerosos supuestos de este tipo que vienen produciéndose.

A este respecto, resulta imprescindible hacer las siguientes aclaraciones:

A) La imputación legal, a los titulares de derechos de aprovechamiento cinegético, de la obligación de reparar los daños causados por *“las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados”*, que lleva a cabo el art. 33 de la Ley (estatal) de caza, difiere en su naturaleza de la imputación, también legal, a la Administración, de la obligación de reparar los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, establecida en los arts. 106.2 CE. y 139 de la Ley 30/1992.

a) La responsabilidad que establece la legislación de caza es, en efecto, un supuesto de responsabilidad de estricta naturaleza civil, pertene-

ciente al ámbito del Derecho privado: como dice expresamente el art. 33.2 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, tal responsabilidad *“se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria”*.

Se hace recaer la misma en los propietarios o titulares de derechos al aprovechamiento cinegético en cuanto se entiende que éstos, al obtener los beneficios económicos derivados de la caza, tienen el deber jurídico de soportar sus riesgos e indemnizar los daños que las piezas de caza objeto del aprovechamiento causen a terceros. El precepto utiliza, pues, un criterio de imputación objetiva, ajeno a toda idea de culpa.

Naturalmente, el hecho de que el propietario o titular del aprovechamiento cinegético sea un ente o Administración pública, no altera la naturaleza de esta responsabilidad, que sigue siendo civil o de Derecho privado: aquí la Administración tiene la misma responsabilidad (objetiva en ambos casos) que cualquier particular que sea titular de derechos al aprovechamiento cinegético.

Es cosa completamente distinta, y por completo compatible con la

anterior afirmación, el hecho de que la ley (la Ley 30/1992 y, ahora, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa) venga a establecer un procedimiento administrativo único para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración, “*cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive*” (art. 142.6 Ley 30/1992), e incluso que, cuando se demande la responsabilidad de la Administración, se funde ésta en una norma civil o en una norma administrativa, se atribuya el conocimiento de la cuestión, en todo caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 2.º de la Ley 29/1998).

b) En cambio, como es obvio, la responsabilidad de la Administración por los daños causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, establecida en los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, aunque, por supuesto, se trata de una especie perteneciente al género “*responsabilidad civil extracontractual*” que regula el Derecho común, es, por disposición expresa del ordenamiento jurídico, una responsabilidad administrativa o, si se quiere, “*sujeta al Derecho administrativo*”: perteneciente, por tanto, al ámbito del Derecho público.

B) La precedente diferenciación ha de mantenerse una vez en vigor la Ley 9/1998, de 2 de julio, de Caza de La Rioja (no aplicable al caso objeto de este dictamen, dada la fecha en que tuvieron lugar los hechos), en cuanto impone a los *titulares de terrenos cinegéticos y a los propietarios de*

terrenos cercados y de zonas no cinegéticas voluntarias la obligación de indemnizar los daños producidos a terceros por animales de caza procedentes de los mismos.

Esta responsabilidad, en cuanto se impone con criterio objetivo y no culpabilístico a los titulares de derechos subjetivos privados, pertenece al ámbito del Derecho privado, incluso en el caso de que los titulares de dichos derechos sean personas jurídicas de Derecho público.

En cambio, constituye un supuesto de responsabilidad administrativa la establecida en el segundo párrafo del art. 13 de dicha ley autonómica (a cuyo tenor “*corresponde a la Comunidad Autónoma responder de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas*”), porque, no siendo titular la Comunidad Autónoma de ningún derecho real o personal sobre las piezas de caza, parece claro que dicha responsabilidad sólo puede fundarse en la existencia de políticas públicas (“*servicio público*”, en la terminología de los arts. 106.2 CE. y 139 de la Ley 30/1992), a cargo de la Administración autonómica, encaminadas a la protección de las especies de valor cinegético (en la línea de lo que, para otras especies objeto de protección, señalábamos en nuestro Dictamen 9/1998).

C) De cuanto se lleva dicho se infiere, por elemental aplicación de los principios reguladores de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, que la eventual responsabilidad civil de los propietarios de los cotos de caza (o, más exactamente, de los titulares de derechos, reales o personales, al apro-

vechamiento cinegético) puede ser *concurrente*, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, con la responsabilidad administrativa derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Ello ocurrirá siempre que, en la relación de causalidad que ineludiblemente debe existir entre la conducta del animal procedente de un terreno acotado y el daño causado en el patrimonio del perjudicado, interfiera el funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público.

En este sentido, es jurisprudencia reiterada la de que *“la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes siempre que pueda colegirse la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño o perjuicio, de modo que, de concurrir varias causas, se debe atribuir proporcionalmente la reparación”* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 7 de febrero de 1998; en idéntico sentido, las de la misma Sala y Sección de 5 de mayo de 1998, 25 de enero de 1997, 26 de abril de 1997 y 16 de diciembre de 1997, entre otras muchas).

Pues bien, de esta posible concurrencia de hechos en la relación de causalidad (que no necesariamente de culpas) se deriva, o puede derivar, una concurrencia de responsabilidades: la administrativa objetivamente imputable al funcionamiento de los servicios públicos, y la civil imputable, objetiva o subjetivamente (según los casos y las normas que, en concreto, resulten aplicables), al agente que hubiese interferido tam-

bién en la relación de causalidad o (en los casos de responsabilidad por hecho ajeno o por daños causados por los animales o las cosas) a la persona que venga obligada a responder por él o de él.

Siendo ello así, no hay razón alguna para excluir *a priori* que, como hemos indicado, puedan concurrir, tratándose de daños causados por las piezas de caza, la responsabilidad civil del propietario del terreno acotado con la responsabilidad de la Administración derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En consecuencia:

a) De los daños causados por las piezas de caza no responde tan sólo la Administración cuando sea titular del terreno acotado del que la misma proceda. No siéndolo, es cierto que la Administración no responde civilmente en los términos de la Ley de caza, pero ello no impide que pueda serle exigida la responsabilidad administrativa que, con diferente criterio de imputación, le impone la general aplicación de los arts. 106.2 CE. y 139 de la Ley 30/1992.

b) A nuestro juicio, aun debiendo responder el propietario de un terreno acotado por estar acreditado que de él procedía la pieza de caza causante del daño y corresponder a aquél los derechos de aprovechamiento cinegético sobre la misma (cfr. arts. 6 y 33 de la Ley estatal 1/1970, de caza, y 13 de la Ley autonómica 9/1998, de caza de La Rioja), ello es perfectamente compatible con la posibilidad de que haya de responder también la Administración, no civilmente y por aplicación de la legislación de

caza, sino porque el hecho dañoso sea también imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Las dos precedentes conclusiones son aplicables, no sólo a los supuestos, como el que nos ocupa, en que resulta de aplicación la Ley estatal de caza, sino también a los casos en que deba ya recurrirse a la nueva Ley de caza de La Rioja, por tratarse de hechos producidos con posterioridad a su entrada en vigor. Atendiendo a las prescripciones de ésta, la Comunidad Autónoma deberá responder:

1º) Civilmente, al igual que cualquier propietario, cuando sea titular o propietaria del terreno cinegético, terreno cercado o zona no cinegética voluntaria del que procediere la pieza de caza causante del daño (párrafo primero del art. 13 de la Ley autonómica 9/1998).

2º) Administrativamente, *“de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas”* (párrafo segundo del citado art. 13).

3º) También administrativamente, y en concurrencia con los titulares o propietarios a que se refiere el párrafo primero del art. 13 de Ley autonómica 9/1998, cuando, de forma excepcional y atendidas las específicas circunstancias afectantes, en el caso concreto, a la relación de causalidad, el daño fuera también imputable al funcionamiento normal o anormal de un servicio público que estuviere a su cargo (y, entre éstos, muy particularmente, el atinente a la preservación de las especies cinegéticas, en los términos que se indican en el siguiente fundamento jurídico de este dictamen).

Por lo demás, naturalmente, la responsabilidad de la Comunidad Autónoma, en todos y cada uno de los casos anteriores (aunque la Ley autonómica 9/1998 sólo aluda expresamente a la cuestión en relación con el primero de ellos), puede concurrir también con la del propio perjudicado o la de un tercero si la conducta culposa o negligente de éstos hubiera interferido en la relación de causalidad; y puede quedar dicha responsabilidad excluida si, en el caso concreto, el daño fuera imputable exclusivamente a la conducta culposa o negligente de dichos sujetos.

Tercero

La responsabilidad administrativa de la Comunidad Autónoma

Partiendo de las premisas obtenidas en el anterior fundamento de Derecho de este dictamen, debemos analizar ahora si, en el caso concreto que nos ocupa, existe o no responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

A este respecto, lo primero que conviene aclarar es que, a nuestro juicio, en ningún caso la responsabilidad de la Administración autonómica puede inducirse, sin más, de que la misma tenga atribuidas por su Estatuto competencias en materia de caza o de protección del medio ambiente.

Como dice la STS. (Sala 3ª, Sección 6ª) de 7 de febrero de 1998, *“la asunción por la Administración autonómica de competencias transferidas por el Estatuto de Autonomía no libera a las empresas... de soportar los riesgos..., pues no cabe considerar que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones*

Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad de éstos, por el hecho de que ejerzan competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización, porque, de lo contrario, como pretende la representación procesal de la recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencalista no contemplado por nuestro ordenamiento jurídico”.

Así, pues, para que tenga lugar la responsabilidad administrativa, no basta la mera competencia en la materia (lo que es, desde luego, condición necesaria pero no suficiente), sino que es preciso que, de hecho, el daño causado sea imputable al funcionamiento de un servicio público a cargo de la Administración de que se trate.

En este orden de cosas, no nos parece que pueda considerarse como un servicio público a cuyo funcionamiento pueda imputarse una responsabilidad administrativa (salvo, por supuesto, que la ley lo prevea expresamente, como ha ocurrido, a nuestro juicio y según hemos ya indicado, en el caso que contempla el segundo párrafo del art. 13 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja), la genérica existencia de políticas autonómicas en materia de caza o de preservación de especies de valor cinegético.

Para que pueda imputarse a la Administración una tal responsabilidad, es necesario que sea, *además*, apreciable, en el caso concreto, una verdadera relación de causalidad entre el daño producido y *una específica medida adminis-*

trativa (protectora, autorizadora o de otra índole, sea de alcance general o limitada a ciertas piezas de caza o a determinado ámbito territorial o personal), porque, a nuestro juicio, sólo esto último permite afirmar la existencia de una auténtica actividad de servicio público de cuyo funcionamiento normal o anormal deba responder la Administración (como ocurría en el supuesto de nuestro Dictamen 9/1998, en el que, además, las específicas medidas protectoras no se referían a especies cazables).

Lo contrario supondría también, recogiendo las expresiones antes citadas de la STS. de 7 de febrero de 1998, transformar nuestro sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones públicas en un sistema providencalista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En estos términos, las medidas de protección, conservación y aprovechamiento de la caza establecidas por la Administración y de obligado cumplimiento por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, pueden ser causa, atendidas las circunstancias del caso concreto, de responsabilidad patrimonial de la Administración regional que, en su caso, excluya o concurra con la responsabilidad civil que tienen dichos titulares.

Pues bien, a nuestro juicio, este supuesto se produce, señaladamente, cuando se trata de daños causados por un animal salvaje procedente de un terreno acotado cuya caza esté expresamente prohibida en el mismo. Los daños causados por esa concreta especie cuya caza se declare prohibida deben ser imputables a la Administración como autora de la medida protec-

tora de conservación de dicha especie, si fuera una prohibición definitiva y absoluta. Cuestión distinta sería si fuese una medida provisional para permitir un aumento de piezas que posibilitara, dentro de los planes de aprovechamiento cinegético aprobados, la reanudación del ejercicio de la caza, en cuyo caso debieran responder de los daños causados por esas especies, los beneficiarios de la medida, esto es, los titulares del aprovechamiento.

En el caso concreto que es objeto de este dictamen, se trata, precisamente, de daños causados por un animal (jabalí) cuya caza no resultaba posible, de acuerdo con las medidas adoptadas por la propia Administración, en el terreno acotado del que, dado el lugar donde se produjo la colisión con el vehículo del reclamante, cabe inferir razonablemente que aquél procedía.

Téngase en cuenta que el titular del coto NNN, colindante con el punto en el que se produjo la colisión, no debe responder de acuerdo con los arts. 6 y 33 de la Ley estatal de caza (que, repetimos, es la aplicable por dada la fecha en que se produjeron los hechos), puesto que su titularidad alcanza tan sólo a los derechos de aprovechamiento sobre la caza menor: falta la *ratio legis* de la imputación de la responsabilidad, puesto que no le corresponden a él, en ningún caso, los beneficios económicos derivados de la caza del jabalí, aparte de que tal es la solución que se infiere claramente de los preceptos citados, de modo que “*pieza de caza*”, a los efectos del art. 33, es la que pueda ser realmente objeto de caza en ese terreno por corresponder a su titular los correspondientes derechos de aprovechamiento cinegético sobre la misma.

Y esta misma solución -siendo el terreno indicado un coto, esto es, un “*terreno cinegético*” (cfr. art. 20.1 de la Ley 9/1998), y no un “*terreno cercado*” ni una “*zona no cinegética voluntaria*” (cfr. arts. 33 y 34 de la misma ley)- es la que resultaría de la aplicación de la Ley autonómica de caza de La Rioja, que obliga a referir la responsabilidad de los “*titulares de terrenos cinegéticos*”, establecida en el primer párrafo del art. 13, a los que lo sean “*de los derechos reales o personales que conlleven el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza en dichos terrenos*”, según lo determinado en su art. 4.

En cuanto a los cotos MMM y OOO, en cuyo aprovechamiento sí está comprendida la caza del jabalí, no sólo no están ubicados en el punto kilométrico donde tuvo lugar la colisión, sino que, sobre todo, no se ha probado, en modo alguno, que el jabalí que causó el accidente procediera de ellos, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en la legislación de caza, no puede imputarse la responsabilidad por el hecho dañoso al Ayuntamiento de Ojacastró, que es el titular de ambos.

En estas condiciones, y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe responder la Comunidad Autónoma de los daños producidos, puesto que -de acuerdo con lo ya argumentado- éstos son imputables al funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, al ser tales daños consecuencia de una específica medida administrativa que impide la caza del jabalí en el coto NNN, del que, sin

duda alguna, procedía inmediatamente la pieza que causó el accidente; concurriendo, de otro lado, los demás requisitos exigidos por la ley, y por la doctrina y la jurisprudencia que la interpreta y aplica, para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración:

A) Existe un daño real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado en una persona, que el particular no está obligado jurídicamente a soportar.

La certeza y cuantía del daño está acreditada en el expediente, reconociéndolo en ambos extremos la propuesta de resolución que es objeto del presente dictamen, que señala a los daños producidos un valor de 65.524 pesetas.

B) El daño no se ha producido por fuerza mayor.

La referencia del art. 139 de la Ley 30/1992 a la “*fuerza mayor*” como única circunstancia exoneradora de la responsabilidad de la Administración tiene, según han destacado unánimemente la doctrina y la jurisprudencia, la virtualidad básica de incluir como supuestos en que se debe responder (frente a lo que, en general, ocurre en el ámbito del Derecho privado), a los llamados “*casos fortuitos*”, es decir, aquéllos que, aun previsibles y acaso previstos, no pueden ser evitados (cfr. art. 1.105 del Código Civil).

En estas condiciones, no puede decirse que la irrupción de un jabalí en la calzada, en la zona en que se produjeron los hechos, sea un supuesto extraordinario e

imprevisible (o sea, de “*fuerza mayor*”), sino, desde luego, previsible, aunque -eso sí- inevitable (o sea, de “*caso fortuito*”). No hay pues, desde este punto de vista, circunstancia alguna que exonere de responsabilidad a la Administración.

C) Al presentarse la reclamación (7 de enero de 1998), no había transcurrido el plazo de prescripción de un año, teniendo en cuenta el modo en que dicho plazo ha de computarse.

Por lo demás, la Administración ha de responder en este caso íntegramente, puesto que su responsabilidad no concurre aquí con ninguna otra: ni, por lo dicho, con la objetiva del titular del coto establecida por la legislación de caza, ni tampoco con una subjetiva o culposa, resultante de lo dispuesto en el art. 1.902 Cc., del propio perjudicado o de un tercero.

CONCLUSIONES

Primera

Existe relación de causalidad entre la producción de los daños sufridos en el vehículo del reclamante y el funcionamiento de un servicio público a cargo de la Comunidad Autónoma de La Rioja, concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley para que nazca la obligación de indemnizar el daño por la Administración.

Segunda

La cuantía de la indemnización debe fijarse en la cantidad de 65.524 pesetas, habiendo de hacerse cargo de la misma, íntegramente, la Administra-

ción, al no ser posible en este caso imputar también responsabilidad a los propietarios de terrenos acotados próximos al lugar de producción del hecho dañoso, como tampoco al propio perjudicado o a un tercero.

Tercera

El pago de la indemnización ha de hacerse en dinero, con cargo a la partida que corresponda del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de La Rioja.”

Dictamen 8/1999, de 19 de abril

Consulta sobre el documento “Sistemática para la elaboración de normativa en la Comunidad Autónoma de La Rioja”.

“Primero

Competencia del Consejo Consultivo para evacuar mediante dictamen las consultas formuladas a título de “información”

La consulta se nos dirige al amparo del art. 98.2 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1995, de 29 de diciembre. Este precepto -que se refiere a las competencias del Consejo Consultivo de La Rioja, disponiendo que: “*El Presidente y el Consejo de Gobierno podrán asimismo recabar del Consejo Consultivo información de carácter simplemente facultativo*”-, ha sido desarrollado por el art. 8.1 del Reglamento del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 33/1996, de 7 de junio, a cuyo tenor: “*Los dictámenes del Consejo Consultivo serán preceptivos en los casos expresamente previstos por el ordenamiento jurídico y facultativos en los demás casos*”, precisando, en su art. 31.3, que “*los dictámenes facultativos a que se refieren los*

artículos 98.2 de la ley reguladora y 8.1 del presente Reglamento sólo podrán ser recabados del Consejo Consultivo por el Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja o por el Consejo de Gobierno”.

Si a esto añadimos que, según el art. 5 de nuestro precitado Reglamento, “*El Consejo Consultivo ejercerá su misión institucional mediante la emisión de dictámenes, la adopción de acuerdos y la aprobación de mociones y memorias, todo ello en la forma señalada en este Reglamento*”, y que las meritadas “*informaciones*” no pueden tener cabida a través de mociones y memorias, que son instrumentos generados autónomamente por el Consejo, y que los acuerdos se reservan habitualmente para decisiones de orden interior, no cabe duda de que, pese a lo genérico del término “*información*” empleado por la Ley de referencia, con arreglo a nuestro Reglamento, la misma ha de quedar sujeta al *principio de formalidad* establecido en el art. 30 de nuestro Reglamento, y, en consecuencia, debemos afirmar que el Consejo Consultivo de La Rioja es competente para emitir tal “*información*” y que ésta, cuando

nos sea solicitada, ha de plasmarse habitualmente en forma de dictamen, que es el medio ordinario y formal de manifestación exterior del parecer del Consejo Consultivo cuando es requerido para ello por la autoridad competente, como ocurre en el presente caso.

Segundo

Regularidad de la consulta y ámbito de la intervención del Consejo Consultivo en consultas facultativas

La consulta se nos ha formulado sin remisión de otra documentación o antecedente que el mismo documento que se somete a nuestra consideración, sin que exista constancia de la instrucción de expediente administrativo alguno para la elaboración de dicho documento.

En estas circunstancias es legítimo interrogarse sobre la regularidad de la consulta en cuanto a la inobservancia en la misma de lo preceptuado en el art. 33 de nuestro Reglamento que señala la documentación que debe remitirsenos para dictaminar.

En este sentido, el propio documento presenta la paradoja de que él mismo incumple la normación que trata de aplicar en el ámbito administrativo para la elaboración de disposiciones generales en cuanto que no se hace acompañar de las memorias, informes y antecedentes que permitan venir en conocimiento de su proceso de elaboración, criterios de contraste y fuentes empleadas. Es cierto, desde luego, que este documento no constituye en sí mismo ningún proyecto de disposición general, pero resulta innegable que trata de disciplinar u orientar en lo sucesivo el procedimiento que ha de

seguirse para elaborar disposiciones generales y, de ahí la conveniencia de evitar la paradoja señalada.

No obstante, por lo que al Consejo Consultivo respecta, en lo relativo a la regularidad de la consulta, al tratarse de una petición de dictamen de carácter facultativo no cabe exigir una obligación estricta de cumplimentar lo establecido en el art. 32 de nuestro Reglamento sobre requisitos de las consultas, ya que, quien puede lo más, que es no consultar o hacerlo al órgano consultivo que tenga por conveniente de entre los que facultativamente puedan ser consultados, también puede lo menos, que es consultarnos directamente sobre un documento, como el que se nos ha remitido, sin otros antecedentes, por más que siempre sea conveniente acompañar las consultas de cuanta documentación pueda allegarse.

En cuanto al ámbito de nuestro dictamen en estos casos, no puede ser otro que el determinado por el art. 3.2 de nuestro Reglamento para la función asesora del Consejo Consultivo, es decir, que puede extenderse a "*todos los aspectos de la actividad de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, incluidos los de oportunidad o conveniencia*" en lo que, por otra parte, se insistió al ponente de forma especial para este caso por el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente.

Tercero

Naturaleza jurídica del documento consultado.

No es fácil determinar la naturaleza jurídica del documento que se nos ha

remitido para dictamen puesto que el mismo no se auto-define con nitidez sobre si consiste en un Anteproyecto de disposición de carácter general -tampoco se pronuncia, en tal caso, sobre la forma o el rango que la misma, eventualmente, pudiera revestir-, o si, por el contrario, se trata más bien de una Propuesta de acto administrativo general, sin especificar tampoco si, en tal caso, se trataría de un acto dirigido a la ciudadanía o limitado en sus efectos a los altos cargos y personal de la Administración autonómica riojana.

Esta falta de definición, que puede conducir a amplias dudas sobre su verdadero carácter, constituye, sin duda, uno de los principales defectos del documento, al que estimamos, con carácter general, deficiente en materias dogmáticas y de concepto.

El título del documento (“*Sistemática para la elaboración de normativa en la Comunidad Autónoma de La Rioja*”) poco aclara a estos efectos ya que, tanto puede indicar el contenido de un verdadero Proyecto de Ley para regular, en el ámbito administrativo riojano, el procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales, como, dando por regulado dicho procedimiento en nuestra Ley 3/95, encerrar un Proyecto de desarrollo reglamentario de la misma, sin que tampoco pueda descartarse que constituya un Proyecto de mera adopción interna de medidas destinadas a disciplinar la actuación de los altos cargos y personal administrativo encargados de tramitar dicho procedimiento.

Es en la “Introducción” del documento donde el mismo parece inclinarse por su naturaleza normativa, más que de acto administrativo, pues, en efecto, aunque con notable imprecisión y

ambigüedad, afirma, en su apartado primero, punto tercero, que, con objeto de mejorar la calidad de las normas, “*se utiliza la técnica normativa*” y que, para ello, es necesario fijar, “*desde el órgano productor de la normativa, unas directrices en la elaboración de la misma*”. Y, en su apartado primero, punto sexto, concluye que, por todo ello, “*se hace necesario formular reglas*”, a las que, en el apartado segundo, puntos tercero y quinto, denomina “*directrices de técnica normativa*”.

Ahora bien, que tales reglas o directrices se denominen así no significa necesariamente que, con arreglo a la propia dicción del documento, deban ser calificadas, en rigor, de verdaderas normas jurídicas, esto es, con eficacia para ante terceros ajenos a la Administración, ya que la propia Introducción, en su apartado segundo, punto quinto, aclara que se trata simplemente de unas “*directrices técnicas que pudieran servir en la elaboración de los Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decretos que la Administración autonómica elabore para su ulterior remisión, ya como Proyectos de Ley, al Parlamento, y, paralelamente, se establecen también las reglas relativas a las Órdenes administrativas*”. Se trata, en suma, añade el apartado segundo, punto sexto, de la reiterada Introducción, simplemente de que “*los diferentes Centros Directivos administrativos utilicen unas pautas comunes en la elaboración de expedientes para proyectos de disposiciones generales y administrativas*”, pautas que se concretan en la fijación de ciertos “*requisitos de forma*” (tales como, los “*aspectos ortográficos, léxico-semánticos, estilísticos, tipográficos...*”) y “*de contenido*” (pues “*el proyecto de disposición deberá estructurarse de una forma*

determinada, siguiendo un modelo tipo y que se adecuará a las diferentes clases de normas”).

Parece, pues, que la Introducción al documento se inclina por considerarlo un mero conjunto de reglas técnicas para la elaboración de textos normativos, reglas que no serán alegables jurídicamente por los ciudadanos ante los Tribunales y de cuyo incumplimiento no podrá seguirse la nulidad del texto normativo correspondiente, sin perjuicio de su obligado cumplimiento por las autoridades y personal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja si son aprobadas por el órgano superior correspondiente. Sin embargo esta naturaleza no está clara, habida cuenta la expresión “*deberán cumplirse*”, que señala expresamente el apartado segundo, punto sexto de la Instrucción que, como acabamos de ver, también emplea la expresión imperativa “*deberá estructurarse*”, referida a todo proyecto de disposición general que se elabore con arreglo a estas “*directrices*”.

En suma, la Introducción al documento revela una gran ambigüedad respecto a la verdadera naturaleza jurídica del mismo, que exige que acometamos un detenido análisis de la misma ya que no puede permanecer oscuro un aspecto tan principal.

Podemos comenzar descartando que se trate de un Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 3/95 en lo referente al procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales ya que no se contiene en el documento norma alguna de derogación, reforma o nueva redacción de preceptos concretos de dicha Ley 3/95.

Tampoco parece tratarse de un Proyecto de Reglamento de ejecución parcial de dicha Ley autonómica riojana ceñido a desarrollar los preceptos que la misma dedica a la regulación del procedimiento administrativo especial para la elaboración de disposiciones generales, pues nada en su texto revela que se trate de elevarlo al Gobierno de La Rioja para su aprobación en forma de Decreto, ni hace alusión alguna a la Ley que pretendidamente pudiera desarrollar, excepción hecha de la referencia que el apartado segundo, punto, cuarto, de su Introducción hace a los arts. 24 y 29 de la reiterada Ley 3/95, relativos a las normas de funcionamiento del Consejo de Gobierno y a la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, respectivamente, y que debe reputarse insuficiente como para colegir de la misma un carácter reglamentario que el documento no trasluce.

Así las cosas, la solución a estas dudas jurídicas ha de venir, a nuestro juicio, determinada por la consideración de que el documento se mueve preferentemente en el plano de una consideración no jurídica de la Administración cual es el propio de la denominada *Ciencia de la Administración* que enfoca, desde una perspectiva técnica general, los diversos problemas que plantea la organización de cualquier tipo de entidades sociales y, en particular, de las Administraciones Públicas. Y es desde esta perspectiva donde cobran sentido y relevancia las técnicas e instrumentos, como las directrices de actuación, que plantea el documento que nos ocupa.

Es, precisamente, la inadecuada o imperfecta implementación de las técnicas propias de la Ciencia de la Administración, más preocupada por la efi-

cacia de las estructuras y funcionamiento de las organizaciones públicas, con las categorías dogmáticas del Derecho Administrativo, más preocupado por la seguridad jurídica y la legalidad, la causante de situaciones paradójicas y perplejas como la que la plantea la naturaleza jurídica del documento que se nos ha remitido.

Sin embargo, nuestra Constitución, al señalar en el art. 103.1 que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*, y al garantizar en su art. 9.3, entre otros, los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas y seguridad jurídica, ha proscrito cualquier intento de disociar las exigencias de eficacia promovidas por la Ciencia de la Administración y las de seguridad y rigor jurídico preconizadas por el Derecho Administrativo.

El Consejo Consultivo se entiende conernido por esa exigencia constitucional e impelido por la misma a superar las dificultades formales que pueda presentar la calificación jurídica de este documento. Así, pues, hay que concluir afirmando que se trata de un texto de carácter meramente técnico y no jurídico, en el sentido formal de consistir en una norma con rango de ley o reglamento, aplicable ante terceros y alegable por ellos ante los Tribunales, sino un conjunto de reglas meramente técnicas, en cuanto que instrumenta técnicas propias de la Ciencia de la Administración en su vertiente organizativa y, más en concreto, la precisa técnica de las denominadas *directrices* destinadas, en este caso, a arbitrar

medidas de calidad de los proyectos de normas jurídicas que emanen de la Administración Pública riojana.

Cuarto

Competencia autonómica y orgánica para aprobar el documento

Afirmada la naturaleza técnica de las directrices, pero sin que encierren carácter jurídico de ley o reglamento en sentido formal, se impone preguntarnos sobre una cuestión que el documento parece ignorar por completo, cual es si la Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para adoptarlas y, en su caso, a qué órgano de la misma correspondería su adopción y con qué rango, si bien dejaremos ésta última cuestión para el siguiente fundamento.

El art. 8.1.1 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, en su actual redacción, adoptada por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, (en lo sucesivo EAR) atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de La Rioja para la *“organización, estructura, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno”*, entre las que se encuentra el propio Gobierno de La Rioja, a tenor del art. 15.1 EAR, si bien, en este caso, la competencia más específica se encuentra, a nuestro entender, en el art. 26.1 EAR a cuyo tenor, *“corresponde a la Comunidad Autónoma de La Rioja la creación y estructuración de su propia Administración Pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado”*, competencia ésta muy ligada a la, también exclusiva, sobre el *“procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de La Rioja”* a que se refiere el art. 8.1.2 EAR., que es, precisamente,

la competencia que se ejercitó para amparar la regulación de un procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales en la Ley riojana 3/95, una regulación, que, como señalamos en nuestro Dictamen 13/97, F.J. 2, desplaza en el ámbito riojano a la normativa estatal en la materia.

Por tanto, al tratarse este caso de adoptar unas directrices comunes en el ámbito del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para la redacción de disposiciones generales, no cabe duda de que tal adopción se encuentra amparada por el marco competencial que hemos expresado, marco éste al que debería hacerse una expresa y clara referencia en la Introducción del documento que nos ocupa, en línea y por analogía con lo que venimos señalando en nuestros Dictámenes 2 y 3/1997 con respecto a las Exposiciones de Motivos de las disposiciones generales.

Por otro lado, no existe norma estatal alguna en esta materia que pueda reputarse de aplicación directa a las Comunidades Autónomas a título de esos *“principios generales y normas básicas”* a que se refiere el precitado art. 26.1 EAR.

En efecto, la vigente legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común no contiene ninguna norma básica en materia de técnica legislativa y calidad de textos normativos -a no ser que adoptásemos un criterio muy amplio de estas materias, que no es del caso- y ni siquiera regula un procedimiento común para la elaboración de disposiciones generales y, si bien la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC) no derogó el establecido al respecto en los arts. 129 a 132 de la preconstitucional Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (LPA), artículos que, incluso, fueron salvados expresamente (con excepción del art. 130.2) por la Disposición Derogatoria Única- b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), dando así lugar a la interpretación- que nosotros mismos mantuvimos en el Dictamen 13/97-, en el sentido de que sería posible una aplicación supletoria de los mismos a las Comunidades Autónomas al amparo del art. 149.3 de la Constitución, sin embargo tal posibilidad ha quedado ahora cegada tras la entrada en vigor de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuya Disposición Derogatoria Única-d) ha derogado los arts. 129 a 132 de la LPA de 17 de julio de 1958 ya que, en sus arts. 22 y 24, acomete, respectivamente, la regulación del procedimiento especial para elaborar Proyectos de Ley y Reglamentos.

Así pues, si bien existe una normación estatal en la materia, la misma ha dejado de ser común y se limita ahora exclusivamente al ámbito competencial de la propia Administración General del Estado, sin posibilidad de aplicación directa a las Comunidades Autónomas que, como la riojana, la hayan desplazado al regular su propio procedimiento de elaboración de disposiciones generales; dicho sea ello con las siguientes prevenciones:

- En primer lugar, ha de salvarse siempre la aplicabilidad directa de ciertos mandatos constitucionales

en la materia, como el contenido en el art. 105-a) CE, tal y como hemos sostenido en nuestros Dictámenes 13/97 y 5/98, para exigir en el ámbito riojano el trámite de audiencia a los interesados directamente o a través de sus organizaciones representativas, olvidado por la Ley 3/95. de que la normativa estatal adoptada en la referida Ley del Gobierno.

- Por otro lado, también ha de entenderse que la normación estatal pueda ser aplicable supletoriamente en algún caso no previsto en nuestro procedimiento de elaboración de disposiciones generales, tal y como sostuvimos en nuestro Dictamen 5/98 respecto al trámite de audiencia corporativa, ya que el Derecho estatal en la materia contenido ahora en la Ley del Gobierno es derecho estatal válido al referirse a su propio ámbito doméstico, es decir, al regular el procedimiento que nos ocupa en el ámbito estatal.

- Finalmente, en cualquier caso, la referida normativa estatal puede servir como elemento de contraste y crítica de nuestra legislación autonómica o de inspiración para la adopción en lo sucesivo de soluciones análogas a las estatales, si así se estima oportuno.

Esto dicho respecto a la competencia autonómica para regular esta materia, procede adentrarnos ahora en el análisis de la competencia concreta del órgano u órganos que, dentro de la Comunidad Autónoma de La Rioja, puedan aprobar el documento que nos ocupa, cuestión ésta tan íntimamente relacionada, en este caso, con la del rango de la normación que la estudiamos, junto con ella, en el epígrafe que sigue.

Quinto

Rango de la normación que, en su caso, apruebe el documento

A la vista de cuanto hemos afirmado respecto a la naturaleza jurídica y de la competencia autonómica para la aprobación del documento que nos ha sido enviado y, considerando que el mismo es de naturaleza meramente técnica, aunque se quiera que resulte obligatoria en el ámbito interno de la Administración, procede adentrarnos en el examen de otra cuestión a la que tampoco el documento presta atención, cual es el rango que ha de revestir esta normación que, como acabamos de señalar, implica pronunciarnos también sobre la competencia de los órganos que pueden aprobarla.

A) Desde luego, en principio, nada impediría que esta materia pudiera ser regulada por medio de una norma con rango de ley formal aprobada por el Parlamento de La Rioja ya que, en principio, éste queda habilitado para el ejercicio de la potestad legislativa (arts. 16.1 y 19.1- a) EAR) en el ámbito de las competencias propias de La Rioja, como es la exclusiva en materia de auto-organización y especialidades procedimentales (art. 8.2 EAR) y, además, como es bien sabido y hemos recordado en nuestro Dictamen 17/98, F.J. 4, no existe en nuestro Derecho Constitucional una “*reserva de reglamento*”, debido a que, en las democracias, la ley es expresión de la voluntad soberana del pueblo y, por tanto, tiene, en principio, una vocación reguladora universal susceptible de proyectarse sobre cualquier campo normativo, excepto los reservados a la Constitución y siempre que el legislador correspondiente tenga atribuida por el bloque de la constitu-

cionalidad competencia para legislar en la materia de que se trate.

Ahora bien, esto dicho, no parece que este haya sido el propósito de los autores del documento que nos ocupa ya que, de haber sido así, hubieran planteado con nitidez en la misma Introducción del documento su carácter o, al menos, su vocación de Anteproyecto de Ley. Por otro lado, tampoco parece aconsejable acometer una regulación de una materia tan acusadamente técnica por medio de una Ley que conllevaría la alegabilidad de los preceptos ante los Tribunales y la consiguiente posibilidad de declaración de nulidad de los textos que la contraviniesen

No obstante, cabe legítimamente preguntarse, desde la amplitud que nos proporciona el carácter facultativo de este dictamen, si no sería deseable acometer una normativa con rango formal de Ley, aunque sólo fuera en ciertos aspectos del documento que nos ocupa, lo que nos sitúa, por de pronto, directamente en la cuestión de si el documento trata de alguna materia que sea objeto de “*reserva de ley*” o que, al menos, deba ser objeto de regulación por una norma de tal carácter por virtud del efecto denominado de *congelación del rango normativo* que se produce cuando se trata de modificar algo que ha sido regulado por norma con rango formal de ley, aunque no estuviera formalmente sujeto a una reserva expresa de ley.

En este punto, se observa que varias directrices del documento se limitan a reproducir preceptos de la Ley 3/95, una técnica que hemos criticado reiteradamente cuando se trata de las relaciones *ley estatal básica-legislación autonómica de desarrollo*, especialmente si ésta última reviste la forma de

reglamento, porque puede encerrar un peligro, no sólo de inseguridad jurídica, sino, principalmente, de incompetencia, aunque ésta fuera meramente formal, como señalábamos en nuestro Dictamen 21/97, con cita de la doctrina correspondiente del Tribunal Constitucional; pero que es más aceptable en las relaciones *ley-reglamento* en el seno de un mismo ordenamiento jurídico (Dictamen 6/97, F.J. 4), como sucede aquí, donde nos movemos en el marco diseñado por la Ley riojana 3/95 para el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, especialmente cuando se trata, como ocurre en este caso, de un documento meramente técnico, siempre que cite, expresa y debidamente, el precepto o preceptos que se reproducen.

Esto dicho, no parece que el documento que nos ocupa invada reserva alguna de ley (ni expresa, ni la implícita que reserva a su regulación por ley cuantas materias puedan afectar a la propiedad o la libertad de los ciudadanos), sin que tampoco acometa la modificación de materias reguladas por ley respecto a las que pueda operar el efecto de *congelación del rango*, sin perjuicio de que plantee una amplia reflexión sobre el grado de cumplimiento de las disposiciones de la Ley 3/95 en materia de elaboración de disposiciones generales sobre el que tanto venimos insistiendo en este Consejo.

B) También podría hipotéticamente plantearse la aprobación de este documento en forma reglamentaria -por más que su Introducción no parece pretender calificarlo tampoco como Proyecto de Reglamento-, pues nada obstaría a que un reglamento desarrollase las disposiciones de la Ley 3/95 en materia de elaboración de disposicio-

nes generales. Una normación reglamentaria también conllevaría la alegabilidad de la misma ante los Tribunales y posibles consecuencias anulatorias de los textos contraventores, por lo que tampoco parece aconsejable

No obstante, la reiterada Introducción trae a colación expresamente en esta materia los arts. 24 y 29 de la Ley 3/93 referentes, respectivamente, a la habilitación al Gobierno para establecer sus propias normas de funcionamiento y a la función de asistencia al Gobierno que incumbe a la Comisión de Secretarios Generales Técnicos. Con esta cita, pudiera interpretarse que el documento pretende desarrollar, con rango reglamentario, no ya el procedimiento de elaboración de disposiciones generales regulado en la Ley 3/95, sino, precisamente, las previsiones que la misma Ley 3/95 hace respecto a la normativa interna del Gobierno y de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos.

En efecto, la propia Introducción del documento parece avalar esa posible interpretación pues, más bien parece que lo que trata es de incluir las reglas contenidas en el documento como partes integrantes de esa normativa de funcionamiento que el Gobierno puede adoptar para disciplinar su propio régimen interno en cuanto que órgano político y administrativo pluripersonal y para ordenar el funcionamiento de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos en cuanto que órgano administrativo colegiado.

No es, sin embargo, esa la opinión de este Consejo, pues las normas de funcionamiento de los órganos citados deben limitarse a regular los aspectos funcionales de los mismos y que son tradicionales en el régimen de los órga-

nos colegiados previstas en la LPAC, tales como orden del día, el *quorum* de constitución, el régimen de votación, forma de redacción de actas, y otros semejantes que tienden a garantizar la seguridad jurídica en una materia tan importante como es la fijación y observancia de las reglas esenciales para la formación y objetivación de la voluntad de dichos órganos colegiados, por lo que sería una construcción muy forzada entender que las cuestiones de técnica legislativa constituyan normas de funcionamiento, alegando que deben observarse para que los textos correspondientes sean admisibles a trámite y puedan ser incluidos en el orden del día del Gobierno.

Más natural parece considerar que estas cuestiones suponen criterios de buena administración ligados a la idea de eficacia administrativa en orden a lograr seguridad jurídica y calidad en las normas que hayan de aprobarse y, por tanto, más bien integradas en el grupo normativo del procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales que en el del régimen jurídico de los órganos colegiados. Ello, si es que tuvieran carácter normativo, ya que, como hemos señalado, es simplemente técnico.

En esta línea, puede servirnos de pauta el criterio seguido, en el ámbito estatal, por la, antes citada, Ley 50/1997, del Gobierno, al distinguir con nitidez el *procedimiento de elaboración de reglamentos* (art. 24), de las *normas aplicables al funcionamiento del Gobierno* (art. 17 a 19) donde para nada se alude a las cuestiones de técnica legislativa y calidad de las normas.

Por último, de optarse por una regulación en forma de reglamento habría de

plantearse el problema subsiguiente de si tal reglamento habría de aprobarse en forma de Decreto por el Gobierno o bastaría una aprobación por un Consejero mediante Orden. Prescindimos de la hipótesis de una aprobación por Orden de Comisión Delegada puesto que no existe ninguna con competencias genéricas en materia de técnica legislativa.

A este respecto, podría pensarse en una hipotética regulación por Decreto. El reglamento así aprobado sería de desarrollo del procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales de la Ley 3/95 y bastaría con sujetarse en su tramitación a dicho procedimiento, sin olvidar el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo exigido reiteradamente por la jurisprudencia y establecido por el art. 8.4.c) de nuestro Reglamento. Pero, como venimos insistiendo, dar un rango reglamentario a estas reglas técnicas conllevaría su alegabilidad jurisdiccional y sus posibles efectos anulatorios de los textos contraventores.

Más problemas ocasionaría una regulación por Orden de Consejería. En primer lugar porque ello nos situaría frente a la cuestión de la potestad reglamentaria de los Consejeros que, en parangón con lo sostenido doctrinalmente respecto a la de los Ministros, precisaría, en principio, una doble habilitación, es decir, que nos inclinamos a entender que no bastaría para ello con la habilitación genérica que les confiere el art. 35 e) de la Ley 3/95 para *“ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento”*, sino que, además, sería precisa una habilitación específica para regular la materia correspondiente conferida por una disposición con rango de Ley o, al menos, con rango de Decreto. Ello es así porque el

meritado art. 35 e) de la Ley 3/95 añade que corresponde esa potestad reglamentaria a los Consejeros siempre y *“cuando no corresponda al Consejo de Gobierno”*, y es claro que al Gobierno corresponde siempre y por principio dicha potestad reglamentaria, a tenor del art. 24.1 a) EAR. En tales condiciones, sería preciso buscar esa segunda habilitación específica para reglamentar por Orden de Consejería materias de técnica legislativa y tal habilitación no existe ya que la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/95 sólo habilita al Gobierno, no a los Consejeros, para *“dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para la ejecución y desarrollo de esta Ley”*. Además, aunque existiera dicha habilitación específica, habría que determinar qué Consejería sería la competente para normar esta materia ya que, siendo una materia de efectos generales sobre toda la Administración Pública y siendo meramente sectoriales y limitadas a sus Departamentos las competencias de los Consejeros, pudieran existir dificultades al respecto, pese a los títulos competenciales que podría aducir la Consejería de Desarrollo Autónomo, Administraciones Públicas y Medio Ambiente al amparo de sus competencias en materia de Administraciones Públicas.

C) En estas condiciones, y salvo que se optase por una regulación mediante Ley o Decreto, cosa que, como hemos repétido, desaconsejamos, más parece, desde la perspectiva jurídica, que el rango más apropiado para el contenido del documento que nos ocupa -otra cosa es, como veremos, la denominación más apropiada para el mismo- deba encuadrarse en lo que el art. 21 LPAC denomina *“Instrucciones y órdenes de servicio”* a través de las

cuales “*los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes*”, con las peculiaridades de que, cuando se estime conveniente (art. 21.1 LPAC) o comporten interpretación del Derecho positivo (art. 37.10 LPAC), sean oficialmente publicadas, y de que su eventual incumplimiento por parte del órgano concernido no afecta a la validez del acto que el mismo hubiere dictado, aunque pueda originar una responsabilidad disciplinaria para el infractor (art. 21.1 LPAC), añadiendo el art. 53 de la Ley riojana 3/95 la importante precisión de que estas Instrucciones y Circulares “*en ningún caso constituirán una manifestación del ejercicio de la potestad reglamentaria*”.

Aunque no existe una definición legal exacta del contenido de estos instrumentos, hasta el extremo de que doctrinalmente vienen siendo considerados como sinónimos, la práctica administrativa ha ido decantándose por la idea de que la Instrucción debe reservarse para textos más cercanos a la normación por incluir reglas específicas de actuación de los subordinados que no se agoten o consuman con su aplicación, mientras que las Circulares suelen reservarse para textos cuya misión es recordar el cumplimiento de normas o fijar criterios interpretativos de las mismas. Siguiendo esta pragmática línea tradicional y sin elevarla a categoría ya que, como es sabido, existen Circulares calificables de verdaderos reglamentos (p.e. las del Banco de España en el ámbito bancario, etc.), ahora nos encontraríamos más bien ante la figura de una Instrucción.

Esta calificación jurídica del documento lo situaría directamente en el ámbito de las relaciones administrativas internas entre los órganos llamados a dirigir

la labor de otros que les están jerárquicamente subordinados, sin relevancia externa y directa para ante los ciudadanos-administrados, por más que indirectamente éstos puedan verse afectados por la mejora de la calidad de los textos normativos que se aprueben con arreglo a los criterios y directrices del documento, y sin que, por tanto, los ciudadanos puedan alegar estas reglas ante los Tribunales ni éstos determinar la anulación de los textos normativos que las contravengan.

Estamos, pues, en el ámbito de la *potestad doméstica o interna de la Administración* donde la razón de obligar no es una *supremacía general* de la Administración sobre la ciudadanía basada en la legalidad y derivada del sometimiento universal a la dicha legalidad, como sucede en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino una *supremacía especial* de la Administración sobre sus altos cargos y personal dependiente, basada en la jerarquía y derivada de la obediencia debida por los mismos a sus superiores jerárquicos.

Este carácter normativo, pero doméstico o interno, de las instrucciones enlaza con la vieja doctrina germánica que distinguía entre *reglamentos administrativos, internos o de organización*, exclusivamente destinados a disciplinar las *relaciones autorreflexivas* de la propia Administración con sus órganos y personal dependiente y dirigidas a cuestiones de mera organización administrativa, entre los que, por lo tanto, se incluirían las instrucciones; y los propiamente *jurídicos, externos o de relación*, destinados a regular cuestiones atinentes a la ciudadanía y con efecto directo en la misma, que serían, por antonomasia, los *ejecutivos* dictados para el desarrollo de leyes.

Sin efectuar una clara importación de esta doctrina a nuestro Derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha referido a las instrucciones para diferenciarlas de los reglamentos externos, enseñando en la STS de 14 de febrero de 1990 que las mismas sólo pueden justificarse “*como orientativas en el «modus operandi», más bien funcional y burocrático, dentro de lo que la doctrina ha llamado «esfera de mansiones»*”. A esa misma *potestad doméstica* interna de la Administración, como distinta de la externa representada por la potestad reglamentaria, aluden, en el mismo sentido, las SSTS de 13 de octubre de 1987 y de 1 de febrero de 1990, donde se reitera que las instrucciones tienen “*una naturaleza normativa particular de carácter interno dirigida únicamente a los propios órganos inferiores y no a los administrados*”.

El único inconveniente para esta calificación en el ámbito riojano estriba en que nuestra Ley 3/95, art. 53, parece restringir la facultad de dictar Instrucciones y Circulares a los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y asimilados, mientras que el documento más bien parece apuntar al Gobierno de La Rioja como órgano que debería asumir su contenido, por lo que es forzoso interrogarse sobre si el Gobierno de La Rioja tiene la facultad de dictar Instrucciones y Circulares o, más precisamente, si resulta habilitado para aprobar el documento en cuestión. A este respecto parece claro que, si bien la potestad de dictar Instrucciones y Circulares parece restringida en la Ley 3/95 a los altos cargos titulares de los órganos antes citados, no menos cierto es que el Gobierno ostenta, con arreglo al art. 24.1 EAR, “*las funciones ejecutivas y de administración de*

la Comunidad Autónoma de La Rioja” y que, como señalan los arts. 2 y 20 de la Ley 3/95 “*dirige la política y la Administración y, a tal efecto, ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria*”, por lo que, si bien la facultad de dictar Instrucciones y Circulares no aparece nominativamente recogida en la lista de atribuciones que al Gobierno reserva el art. 23 de la Ley 3/95, no cabe duda de que, si el Gobierno puede lo más, que es nombrar y cesar a los altos cargos titulares de los órganos que pueden dictarlas (art. 23. K) de la Ley 3/95), también ha de poder lo menos que es avocar para sí dicha competencia, y ello, no tanto en aplicación estricta de lo previsto en el art. 61.1 de la Ley 3/95, que permite la avocación por los superiores del ejercicio de las competencias asignadas a los órganos jerárquicamente subordinados, cuanto en aplicación de la competencia expresa que al Gobierno riojano confiere el art. 24.1 EAR para ejercer las funciones ejecutivas y administrativas y el art. 23 a) de la Ley 3/95 para aprobar “*las directrices generales de la actuación de cada una de las Consejerías*”.

Desde luego, puede sostenerse que la expresión “*directrices*” a que alude éste último precepto citado no se refiere estrictamente, a un texto determinado que contenga criterios precisos de actuación, cuanto al señalamiento de pautas políticas o líneas generales de actuación de las Consejerías -es decir, la fijación de las “*políticas propias*” de actuación de cada una de ellas-. Pero, aun con esto, estimamos que pocas dudas pueden abrigarse, con uno u otro fundamento, con respecto a que el Gobierno riojano puede aprobar un documento como el que se nos ha remitido con el carácter y rango de Instrucción.

Otra cuestión es si, aunque el contenido del documento que nos ocupa sea, como así creemos, jurídicamente una Instrucción, necesariamente, ha de utilizarse la denominación formal de “Instrucción” para referirse al mismo, ya que el art. 70 de la Ley 3/95 sólo alude a los Decretos y Órdenes como forma que han de revestir las disposiciones generales y la lista competencial del art. 23 de la misma Ley, referida a las atribuciones del Gobierno, no alude a las Instrucciones. A nuestro entender, esa pequeña dificultad puede y debe salvarse acudiendo a los arts. 26 y 27 de la propia Ley 3/95 que facultan al Gobierno para la adopción de Acuerdos, en línea con lo que, en el ámbito estatal, establece también el art. 25 de la Ley 50/97, del Gobierno.

Y cuando hablamos de *Gobierno* de La Rioja a estos efectos nos estamos refiriendo aquí al concepto estatutario del mismo, es decir, a lo que, antes de la reforma del EAR en 1999, se denominaba *Consejo de Gobierno*, esto es, sin dar al mismo una amplitud objetiva de suerte que pudiera integrar a los altos cargos gubernamentales y, en especial, a los Secretarios Generales Técnicos.

Esta precisión es de interés porque permite resolver las mayores dudas que ofrecería la aprobación de una tal Instrucción por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos. En efecto, la misma está únicamente prevista por la Ley 3/95 como órgano de asistencia y preparación de las labores del Gobierno (art. 29) y la potestad de dictar Instrucciones parece limitada por el art. 53 a los Secretarios Técnicos “*para dirigir la actividad de las dependencias y servicios a su cargo*”, esto es, en el ámbito de las respectivas Consejerías, sin que la Comisión que los reúne apa-

rezca habilitada de esa facultad normativa y sin que pueda argumentarse que la tienen conjuntamente los Secretarios Generales Técnicos reunidos en el seno de la Comisión ya que el *principio de competencia*, enérgicamente enunciado por el art. 12.1 LPAC, no permite extrapolar sin más a un órgano colectivo superior las competencias individuales de sus miembros.

Finalmente, no hemos de olvidar una precisión de orden práctico o, si se prefiere, una constatación de sociología política que estimamos importante en este punto y es que, si se opta por no regular esta materia en forma de Ley o de Decreto y, por el contrario se elige la forma de Acuerdo del Gobierno por el que se aprueban unas simples Instrucciones, se incurre en el problema de que, por un lado, al tratarse de una normativa de efectos meramente domésticos y jerárquicos, puede ser perfectamente desconocida por los ciudadanos y los jueces, y, por otro, de que, incluso en el círculo de los servidores públicos, el texto así aprobado se vincule a una determinada línea política y caiga en el olvido y el desuso ante cualquier alternancia política de partidos o incluso de personas, que es lo que ha sucedido con normativas similares adoptadas con este ínfimo rango en otras Administraciones Públicas, comenzando por el propio Estado.

Sexto

Sobre la técnica legislativa y la posición institucional del Consejo Consultivo en materia de calidad de las normas jurídicas

Una vez examinada la naturaleza el documento remitido, la competencia autonómica y orgánica para aprobarlo,

así como el rango y denominación que mejor parece corresponder al mismo, cuestiones todas ellas sobre las que, como hemos repetido, el documento guarda un incomprensible silencio, y antes de penetrar en el estudio de su contenido, procede reflexionar, con carácter general, sobre ese sector, a medio camino entre el Derecho y la Ciencia de la Administración, que es la técnica legislativa y sobre la posición institucional que el Consejo Consultivo ostenta en esta materia, cuestión ésta última que el documento parece también haber olvidado casi por completo.

La proliferación normativa propia de todo Estado moderno, la complejidad sobreañadida que presentan los Estados que, como los federales, regionales o nuestro Estado de las Autonomías, han adoptado formas compuestas de distribución territorial del poder, que se traducen en muy diversas relaciones interordinamentales, y el derecho constitucional de los ciudadanos a la seguridad jurídica, exige una mayor atención por la calidad de las normas jurídicas.

El documento que nos ocupa, si bien recoge, aunque de forma genérica, estas inquietudes en su Introducción, carece, como hubiera sido necesario, de una, siquiera fuese breve, relación de los antecedentes, científicos y administrativos, de esta importante materia, que hubieren posibilitado, no sólo dotar de profundidad y rigor a la propuesta, sino enmarcarla en los intentos similares de otras Administraciones Públicas y aportar algunos elementos de Derecho Comparado que sirvieran de contraste entre las fuentes empleadas y las soluciones elegidas o desechadas, todo lo cual reforzaría el rigor de las propuestas y permitiría una crítica constructiva de las mismas.

En estas condiciones de penuria informativa, este Consejo no puede colegir cuáles han podido ser las fuentes concretas que hayan podido inspirar a los autores del documento, qué opciones hayan podido considerar, ni las razones por las que se ha optado por unas y desechado otras. Nos limitaremos, por tanto, en servicio a la información que sobre este documento se nos requiere, a reseñar que las propuestas de técnica legislativa, si bien hasta ahora prácticamente ausentes de la realidad administrativa riojana, en modo alguno puede afirmarse que son recientes, como veremos seguidamente al aludir a las dos grandes tradiciones que el Derecho Comparado presenta en esta materia:

A) La *tradición anglosajona* sobre el denominado *legal drafting*, es decir, la forma de composición de los textos legales, se remonta a la Inglaterra de 1869 cuando se creó, a tal efecto, la *Parliamentary Counsel Office*, más bien dedicada a cuestiones de lo que podemos denominar “maquillaje” jurídico del lenguaje legislativo. A partir de ahí, la técnica legislativa, muy influenciada por las tendencias del realismo jurídico escandinavo y norteamericano, así como por la filosofía del lenguaje, ha evolucionado en los países anglosajones, especialmente en EE.UU., hacia una preocupación prioritaria por los aspectos formales de las normas, su léxico, sintaxis, precisión, belleza y armonía, tradición ésta de la que son herederos, entre nosotros, la “*Comisión de Estilo Legislativo*” de las Cortes franquistas (de composición académica y destinada a velar por la depuración lingüística de las leyes, pero cuya existencia fue lánguida y sus resultados inoperantes) y los recientes “*libros de estilo*”, para juristas o para el ámbito de las Administraciones Públicas (cuyas

soluciones gramaticales y sintácticas no siempre son homologables con las oficialmente proclamadas por la Real Academia de la Lengua).

B) No obstante, las propuestas más modernas con las que, sin duda enlaza el documento que nos ocupa, proceden de la *órbita germánica* donde, en medios académicos, se acuña, a mediados de los años 70, la doctrina de la denominada *Gesetzgebungslehre* que condujo a la aprobación desde 1975 por varios *Ländern* de las llamadas *Checklisten* (es decir, listas de interrogatorio técnico para la comprobación de la calidad de las normas a las que han de someterse los proyectos normativos antes de considerarlos aptos para su publicación) y, finalmente, a la aprobación, en 1984, de un reglamento federal para la redacción ministerial de proyectos normativos.

Siguiendo pautas germánicas, en Italia, por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros de 3 de diciembre de 1983 se constituyó una Comisión de Expertos presidida por los ilustres Profs. S. Cassese y M.S. Giannini, fruto de cuyas recomendaciones fue la redacción de la Ley de 11 de diciembre de 1984 de *Norme sulle raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana*, y de varias Circulares (como las de 19-12-1980, sobre *redacción de fuentes secundarias*, la de 3-9-81, sobre *textos actualizados y coordinados*, o la de 5-2-86 sobre *criterios orientativos para la redacción de tipos penales*). Existe, además, un órgano central de coordinación de la actividad normativa del Gobierno dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros. En cuanto a las Regiones, es de reseñar la Propuesta piamontesa de 21-12-82 sobre *técnica legislativa* y

“modelística” jurídica. También la Región Toscana ha aprobado una lista de chequeo normativo o *“rejilla” (griglia)* para analizar la fiabilidad de un texto normativo.

La recepción en España de la técnica legislativa, especialmente a través de las ideas germano-italianas, se produce, sobre todo, mediante los estudios auspiciados desde Cataluña por el Prof. P. Salvador Coderch y la Asociación privada denominada *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL)*, cuyas primeras publicaciones sobre la *forma de las leyes* datan de 1986. En el nivel autonómico, la iniciativa teórica más importante fue la celebración en el Parlamento Vasco de un primer encuentro de especialistas en la materia, en abril de 1988, para debatir sobre la *calidad de las leyes*, al que asistió el ponente de este dictamen.

Con posterioridad, han sido muchos los estudios y propuestas en esta materia que se han plasmado, por lo general, en recomendaciones de pautas, criterios y directrices para elaboración de normas jurídicas que, en algún caso, han llegado a su aprobación oficial. Así ha sucedido, en el ámbito estatal, con los Acuerdos del Consejo de Ministros:

- De 29 de diciembre de 1989, por el que se aprobaron las *Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados de gobierno*.
- De 29 de enero de 1990, por el que se aprueba el *Cuestionario de evaluación de proyectos normativos que se eleven al Consejo de Ministros*.
- De 18 de octubre de 1991 por el que se aprueban las *Directrices*

sobre la forma y estructura de los *Anteproyectos de ley* (publicado por Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, en el B.O.E. núm. 276, de 18 de noviembre de 1991).

En cuanto al ámbito autonómico, son de resaltar las iniciativas de Cataluña, mediante el *Manual de elaboración de las normas de la Generalitat*, aprobado en 1992, y el País Vasco, mediante la Orden de 6-4-95, de la Consejería de la Presidencia, Régimen Jurídico y Desarrollo Autonómico, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23-3-1993 por el que se aprueban las *directrices para la elaboración de Proyectos de Ley, Decretos, Ordenes y Resoluciones* (B.O.P.V. núm 71, de 19-4-93).

Por influjo de los Estados miembros, la Unión Europea terminó interesándose también en cuestiones de técnica legislativa y así son de reseñar la Resolución de 8 de junio de 1993, del Consejo, sobre *fijación de directrices y criterios de calidad de la redacción de la legislación comunitaria* (D.O.C.E. de 17 de junio de 1993), y otros documentos internos, tales como la Comunicación de 18 de enero de 1996, del Presidente de la Comisión, sobre *establecimiento de líneas generales de la política legislativa europea para fin de siglo*, y las *Reglas de técnica legislativa* del Servicio Jurídico de la Comisión, editadas en 1997

C) Últimamente, la técnica legislativa se ha desprendido cada vez más de su consideración meramente práctica para integrarse en una materia de más calado como es la *Teoría de la Legislación*,

donde las tradiciones anglosajona y continental europea se mezclan con diversas consideraciones lingüísticas y filosóficas del Derecho. Es en este marco donde se ha producido la constatación de que, en realidad, la técnica legislativa excede con mucho a un planteamiento meramente formal o gramatical para la adecuada composición estilística y externa de los textos normativos, para alcanzar cuestiones de fondo muy complejas, tales como:

- La *competencia del ente normador*, atendido el respeto a los ámbitos de reserva autonómica en los distintos círculos competenciales garantizados por el Derecho de los Estados compuestos europeos (círculo comunitario europeo, círculo estatal o federal, círculo autonómico regional o de entes federados, círculo provincial, círculo comarcal, círculo municipal, etc).

- La *articulación interordinamental*, en caso de competencias compartidas, que plantea cuestiones tales como las técnicas de trasposición de directivas comunitarias, el desarrollo de normativa básica o la implementación de las entidades autonómicas y locales en el ejercicio estatal o comunitario europeo de las funciones coordinadora y planificadora.

- Las *relaciones normativas intraordinamentales*, como las propias del binomio ley-reglamento o reglamento-acto administrativo general.

Ha sido precisamente la constatación de que, en realidad, la técnica legislativa es una cuestión mucho más compleja que la modesta operación de maquillaje externo de los textos con que se planteó

hace dos décadas y en cuya órbita parece moverse todavía el documento que nos ha sido remitido, la que hace que, hoy en día, esas materias tiendan, más que a buscar la aprobación oficial de reglas de preceptiva sobre la forma de redacción de las normas, a exigir la intervención preceptiva de órganos técnicos en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

Y es precisamente en este punto donde el Derecho Autonómico riojano ha destacado en el marco autonómico español al crear dos órganos técnicos encargados de esta materia, como son el Servicio de Información, Calidad y Evaluación a que se refiere el Decreto 58/1997, de 30 de diciembre, en el ámbito interno de la Administración; y el Consejo Consultivo de La Rioja, en el ámbito externo a dicha Administración, pero orientado a su apoyo y refuerzo en cuanto que Órgano Consultivo Superior de la Comunidad Autónoma, según establece el art. 42 EAR. Así lo demuestra nuestra legislación reguladora al atribuirnos competencia para dictaminar sobre todos los Proyectos y Proposiciones de Ley que hayan de aprobarse a iniciativa del Gobierno o del Parlamento (art. 98.1 a) de la Ley 3/95 en la redacción dada al mismo por la Ley 10/95) y sobre todos los Proyectos de Reglamentos que haya de aprobar el Ejecutivo en desarrollo de leyes estatales o autonómicas, incluidos los independientes (art. 8.4.c) de nuestro Reglamento).

Esto significa que el Consejo Consultivo de La Rioja ocupa una posición central en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que le convierte en el gran garante preventivo de la legalidad y también de la técnica legislativa en el ámbito del Gobierno y

la Administración Pública de La Rioja, tal y como expresábamos en la declaración institucional que incluimos en nuestro *Repertorio de 1996* a la que nos remitimos.

Llama, por ello, poderosamente, la atención que el documento que nos ocupa sólo aluda marginalmente al Consejo Consultivo de La Rioja en esta materia, lo que revela, no sólo un casi completo desconocimiento de la normativa aplicable al respecto, sino también de la jurisprudencia que viene exigiendo, con rigor, nuestra intervención en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, hasta el punto de determinar la nulidad de los reglamentos publicados sin nuestro previo dictamen. La jurisprudencia al respecto del Tribunal Supremo se resume en la Sentencia de 3 de junio de 1996 (ratificada por la de 26 de diciembre de 1997, Arz. 1354/1998) y por la, todavía más recientes, del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 22 de febrero y 25 de marzo de 1999. Así lo hemos reiterado, por nuestra parte, en anteriores dictámenes, pudiéndonos remitir, como ejemplo, entre otros, a nuestros Dictámenes 17/98 y 6/99.

Séptimo

Análisis de la primera parte del documento relativa a las Directrices para la tramitación de Anteproyectos de ley y Proyectos de Decreto en lo relativo a la documentación a elevar al Gobierno para su aprobación

El documento que nos ha sido remitido, tras la Introducción, dedica una primera parte a establecer directrices sobre la tramitación de Anteproyectos de Ley y Proyectos de Decreto y lo hace recogiendo la práctica burocrática instaura-

da en los últimos años, una práctica que deriva, no tanto del cumplimiento de la Ley 3/95 y del resto de la legislación riojana, cuanto de la copia de modelos documentales y usos administrativos importados en los años noventa del funcionamiento del Consejo de Ministros. El documento parece dar por buena esta importación y limitarse a señalar algunas normas de unificación de criterios en materias menores. Esta opción tan continuista es muy discutible, como veremos al tratar los siguientes puntos:

A) Denominación de las directrices respecto a los Decretos.

Para comenzar, no parece demasiado adecuada la denominación “*Proyectos de Decreto*”, ya que, como es sabido, Decreto, lo mismo que Orden, Instrucción, etc, no son sino denominaciones formales o vestiduras jurídicas que tanto pueden revestir verdaderos reglamentos, como meros actos administrativos. Por tanto, la denominación normativa correcta es la de *Proyectos de Reglamentos* y, por tanto, la de *procedimiento para la elaboración de Reglamentos*, como, acertadamente hace, en el ámbito estatal, la Ley 50/97, del Gobierno, al distinguir claramente entre el *procedimiento de elaboración de reglamentos* (art. 24) y la *forma de las disposiciones y resoluciones del Gobierno* (art. 25).

B) Los actuales juegos de “modelos de expediente para elevar al Gobierno”.

El documento ratifica la existencia de los actuales juegos de modelos de propuestas para el Consejo de Gobierno que, como es sabido, son cinco según la extensión del acuerdo o de la propuesta. Aunque se trata de un tema meramente operativo y de tono menor,

en nuestro criterio, la actual práctica resulta bastante disfuncional por diversos motivos que el documento no acomete y parece aceptar acríticamente y que son los siguientes:

- El orden actual de los documentos (1º, denominación, 2º, propuesta, 3º, exposición, 4º, informes y trámites, 5º, fecha y firma) no es, desde el luego, el lógico natural de lectura de un texto, por lo que parece más operativo alterar los impresos de modelos normalizados de la siguiente manera: 1º, numeración, 2º, denominación, 3º, exposición, 4º, informes, 5º, trámites, 6º, propuesta, y 7º fecha y firma.

- La existencia de textos de muy distinta extensión y la obligación de someterlos a unos impresos normalizados distintos en cada caso - que, además, hay que rellenar por ambas caras-, exige una labor de cálculo aproximado que hace perder un tiempo innecesario a los servicios auxiliares de mecanografía e introduce una excesiva complejidad en el manejo de modelos y en la fotocopia ulterior de los mismos. Se estima, pues, preferible prescindir de todos los modelos actuales e introducir uno con carácter general y único, caracterizado, además por no consistir propiamente en un modelo impreso previamente que haya que rellenar, sino en el establecimiento de la obligación de rellenar los documentos de propuesta a elevar al Gobierno con arreglo a una serie de pautas como pueden ser las siguientes:

1ª Exigir siempre el empleo de determinado tipo de papel especial por su color, márgenes pau-

tados y cabecera impresa como “expediente para elevar al Gobierno” u otra similar.

2ª Determinar, para facilidad de tratamiento de impresión y fotocopiación, que ha de escribirse sólo por la cara anterior de suerte que quede inutilizada siempre la posterior.

3ª Establecer que deberán siempre incluirse cinco apartados numerados por el siguiente orden (1º, numeración del expediente, 2º, denominación, 3º exposición, 4º informes, 5º trámites, 6º propuesta y 7º, fecha y firma), todos ellos impresos con todas las letras en mayúscula y enmarcados en cuadros de texto (esto no era factible cuando se importaron los modelos del Consejo de Ministros, pero hoy en día es habitual con los tratamientos de textos de todas las unidades). Incluso puede distribuirse por diskete un modelo informático normalizado de plantilla a incluir en los tratamientos de textos. De esta forma se ahorrará mucho papel, tiempo y esfuerzo al personal auxiliar.

C) Denominación del acto aprobatorio.

El documento opta por denominar Acuerdo a toda actuación del Gobierno y, en consecuencia, exige adoptar la denominación “Acuerdo por el que se aprueba el Proyecto de Ley... o el Decreto...”. Esta idea es muy discutible, no sólo porque exige incurrir en frecuentes reiteraciones cacofónicas que incomprendiblemente el propio documento preconiza como preceptivas (“Acuerdo *por el que se aprueba el*

Decreto *por el que..*”), sino también, porque más bien parece que los Acuerdos del Gobierno deben constituir una forma limitada a la aprobación de decisiones distintas del ejercicio de la iniciativa legislativa (Proyectos de ley) o de la potestad reglamentaria (Decretos) y únicamente entonces será cuanto quede justificado el empleo de la fórmula “*Acuerdo por el que se aprueba... (la decisión correspondiente)*”, y ello sin elevarla a categoría ya que no todas las decisiones han de constituir jurídicamente actos de aprobación.

En este sentido camina el Estado en la nueva Ley 50/97 cuando, en su art. 22.4 se refiere, precisamente, a la aprobación de un texto “*como Proyecto de Ley*”, y, en su art. 25, define los Acuerdos del Consejo de Ministros como las “*decisiones de dicho órgano que no deben adoptar la forma de Real Decreto*”.

D) Propuesta.

En este punto no haremos otra observación que la antes indicada respecto a la conveniencia de que la misma vaya siempre detrás de la exposición y de la referencia a los informes y trámites y no tras la denominación como viene realizándose con el argumento de permitir que los Consejeros vengan rápidamente en conocimiento de lo que se propone, argumento que no nos parece aceptable ya que, precisamente, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenida en el art. 9.3 CE exige siempre conocer primero y detenidamente las justificaciones y motivos de las propuestas antes que las propuestas en sí, pues, en un Estado de Derecho, los poderes públicos están sujetos a Derecho y razón y, por tanto, no pueden ser -ni parecer que son- meros mecanismos ciegos de adopción

de decisiones cuya justificación ya se encontrará posteriormente.

E) Exposición.-

En este punto, y por lo mismo que acabamos de señalar, llama la atención, la poca importancia que el documento parece prestar al apartado expositivo, siendo así que es el más trascendental del texto que ha de ser estudiado por el Gobierno, y que debe ser embrión o trasunto de la Exposición de Motivos de la norma correspondiente, por lo que, en la misma, ha de incluirse, como venimos insistiendo en nuestra reiterada doctrina, la cita expresa y precisa de los títulos competenciales de La Rioja para adoptar una normación y para hacerlo precisamente en la forma de Ley o reglamento que se proponga y con el contenido que se eleva al Gobierno.

F) Informes y trámites.-

Como habrá podido observarse, en este punto, proponemos dividir en dos el actual epígrafe que unifica ambas cuestiones. La razón es que no deben confundirse los trámites consultivos con los demás de instrucción del expediente ya que la función consultiva es siempre independiente, especialmente cuando, como ocurre con los dictámenes del Consejo Consultivo, son externos, y conviene, por tanto, que el órgano llamado a decidir distinga con nitidez lo que ha instruido la Consejería correspondiente y que lucirá en la Memoria, estudio económico, etc, de lo que han manifestado los órganos asesores y consultivos.

a) En especial, el dictamen del Consejo Consultivo.

Ya hemos advertido que el documento olvida casi por completo la existencia

del Consejo Consultivo de La Rioja -lo mismo ocurre con el Consejo Económico y Social- lo que resulta llamativo en cuanto que un texto normativo aprobado sin nuestro dictamen cuando sea preceptivo, como ocurre en todo tipo de reglamentos sin excepción, puede ser declarado nulo por la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como hemos recordado insistentemente en nuestros Dictámenes (cfr. DD 5/97, 13/97, 17/97, 23/97, 29/97, 3/98., 17/98 y 18/98).

Pero es que, incluso cuando se trata de Proyectos de Ley, la Consejería promotora debería justificar en el expediente de manera expresa las razones que hubiera para no consultar al Consejo desde el momento en que nuestra ley reguladora antes citada determina que han de ser remitidos todos los proyectos de ley que se aprueben a iniciativa del Gobierno. Y, por lo mismo, la decisión, en su caso, de no consultar debería ser adoptada expresamente por el Gobierno y no de la forma tácita que viene siendo habitual y que se presta a la corruptela de que los órganos de asesoramiento interno del Gobierno no adviertan expresamente al mismo de su facultad para consultarnos.

b) Los restantes trámites.-

Respecto a los demás trámites integrados en el procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales de la Ley 3/95 (Memoria, estudio económico, informe de la Asesoría Jurídica, dictamen del C.E.S. informe del Servicio de Información, Calidad y Evaluación, trámites diversos de audiencia a interesados, audiencia corporativa a entidades locales, audiencia a Asociaciones de Consumidores y Usuarios, Sindicatos, en su caso, etc. etc), el documento apenas les dedica

unas líneas, olvidando así por completo la amplia doctrina que venimos manteniendo en nuestros dictámenes sobre la necesidad de observar con rigor el procedimiento expresado y sobre el contenido y alcance concreto de cada uno de dichos trámites. No se olvide que estos trámites sí que tienen carácter y naturaleza de normas jurídicas, no meramente técnicas al estar recogidos en la Ley 3/95 y, por tanto, son alegables ante los Tribunales y su omisión podría determinar en casos graves la anulación de la disposición que los contravenga

Por tanto, estimamos que, en este punto, el documento debe recoger la doctrina que hemos sentado sobre la importancia de cumplir estrictamente el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (Dictámenes núms. 1/97, 13/97, 17/97, 22/97, 23/97, 25/97, 3/98, 10/98, 15/98, 17/98 y 18/98) y sobre trámites concretos del mismo. Para evitar ahora repeticiones, damos por reiterada nuestra doctrina sobre trámites como:

- La *Memoria*: DD. 13/97, 17/97, 22/97, 23/97, 25/97 y 3/98.
- El *Estudio económico*: DD. 10/96, 13/97, 17/97, 22/97, 23/97 y 25/97, 15/98 y 17/98. También pueden consultarse los criterios contenidos al respecto para el ámbito estatal en la Orden de 4 de febrero de 1980 (Aranzadi, 296)
- Las *Exposiciones de Motivos* y la necesaria mención en ellas de los títulos competenciales: DD., 6/96, 2/97, 3/97, 3/98 y 17/98.
- El *Informe del Servicio de Información, Calidad y Evaluación*: D. 3/98.

- El *Informe de la Asesoría Jurídica*: D.15/98.

- La *Tabla de derogaciones y vigencias*: D. 17/98.

- La *Audiencia corporativa*: DD. 13/97, 17/97, 25/97, 5/98 y 17/98.

- La *Información pública*: DD.13/97, 17/97, 2/98 y 10/98,

Octavo

Análisis de la primera parte del documento relativa a las Directrices para la tramitación de Anteproyectos de ley y Proyectos de Decreto en lo relativo al contenido de las mismas

Tras lo relativo a la documentación normalizada utilizable, el documento acomete una labor preceptiva señalando directrices para la cumplimentación de los impresos correspondientes, pero lo hace con una doble limitación: por un lado, no indica cuáles son las fuentes en que se ha inspirado para aconsejar una u otra medida ni las razones que la avalan, lo que reduce su aceptabilidad a la que puedan merecer sus anónimos autores, y, por otro, no incluye ninguna de las que la terminología germánica denomina “*listas de chequeo*” y que, como antes hemos expuesto, permiten evaluar la calidad de un proyecto normativo. En estas condiciones, el documento se mueve en un espacio de pretensiones reducidas a fijar algunos consejos de redacción y estilo administrativo, sin recoger, por lo demás, muchas de las propuestas formuladas por la doctrina en la materia.

A) Ausencia de listas de chequeo u otros parámetros de evaluación de la

calidad de los proyectos de disposiciones generales.-

En nuestro criterio, un estudio especializado de consultoría en la materia no debería olvidar los aspectos de la calidad de las normas y, por tanto, debería aconsejar la introducción en La Rioja de una lista de chequeo similar a o inspirada en los diversos modelos de las mismas que ofrece el Derecho Comparado. Estas listas de cuestiones exigen, por ejemplo, interrogarse sobre qué ocurre si no se norma una materia o si se hace de otro modo o en otro momento. Los interrogatorios están normalizados y las respuestas pueden ser breves, pero, en cualquier caso, obligan a una profunda reflexión que se traduce en una *trascendentalización* del momento normativo.

Tampoco se prevé ni aconsejan con claridad mecanismos institucionalizados de control de calidad de las normas, tales como informes preceptivos del Servicio de Información, Calidad y Evaluación o de este Consejo Consultivo.

Todo ello llama profundamente la atención, ya que, como recordábamos en la declaración institucional publicada en nuestro *Repertorio de 1996*, en una región, como La Rioja, que apuesta por la calidad de todos sus productos, y una calidad que, sabido es, resulta imposible de lograr sin unas instancias y unos protocolos institucionales claros de regulación, seguimiento y control, no parece que nuestras normas jurídicas deban ser una excepción, cuando, al fin y al cabo, son el “producto” que principalmente brindan a la ciudadanía el Gobierno y la Administración autonómicos, un producto, además que no es meramente perecedero, sino llamado a una incardinación estable en el ordenamiento jurídico y a

una aplicación reiterada para ante los ciudadanos.

Los principales parámetros o *tests* para evaluar la calidad de una norma, sin perjuicio de otros varios que podrían señalarse, son los de constitucionalidad, estatutoriedad, legalidad, competencia y jerarquía, tendentes a determinar si la norma proyectada es o no constitucional y acorde con el EAR., si hay o no competencia para aprobarla y, en su caso, a quién corresponde, si tiene el rango adecuado y si, en suma, respeta el resto del ordenamiento jurídico y se incardina armónicamente en el mismo. Esta labor es predominantemente jurídica y compete supervisarla, como órgano superior consultivo, al Consejo Consultivo de La Rioja.

Junto a esos tests jurídicos de constitucionalidad, estatutoriedad, competencia, legalidad, etc, se encuentran los de eficacia y oportunidad aconsejados por la Ciencia de la Administración para calibrar la factibilidad y practicabilidad de las normas, así como cuestiones de prospectiva sobre su cumplimiento e impacto social. Son las Secretarías Generales Técnicas los órganos que parecen más adecuados para catalizar estas cuestiones pues es obvio que nada se consigue con normas jurídicamente perfectas pero inútiles o cuya eficacia social vaya a ser nula

Existen diversos modelos de tests, criterios y parámetros evaluación de calidad de las normas elaborados por la doctrina científica, pero el documento no hace mención a ninguno de ellos y silencio por completo tan cruciales cuestiones.

B) Directrices concretas que el documento aconseja.-

Ya hemos expresado que el documento no sólo incurre en la importante carencia a que hemos aludido en el epígrafe anterior, sino que, al aconsejar directrices concretas para la elaboración de disposiciones generales, no indica tampoco cuáles son las fuentes en que se ha inspirado para aconsejar una u otra medida ni las razones que, en su caso, las avalan, lo que reduce su aceptabilidad a la que puedan merecer sus anónimos autores o a las que, por su obviedad, se justifican por sí mismas. En cualquier caso, parece que la fuente de inspiración principal ha sido el antes citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de Octubre de 1991 de *Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley* (que, a su vez, procede de la propuesta GRETEL de 1988), a juzgar por la copia, casi literal en algunos casos, de muchas de sus reglas.

Por nuestra parte, nos limitaremos a algunas observaciones y sugerencias sobre algunas de las directrices propuestas, en el bien entendido de que nos parecen aceptables aquellas sobre las que no formulamos comentario alguno:

- Respecto al título de los Proyectos.-

- Se sugiere ponderar la conveniencia de adoptar la directriz alemana consistente en indicar el número de la modificación de una disposición con objeto de conocer cuántas modificaciones ha experimentado. Por ejemplo: "*Ley... de Modificación núm. 1 de la Ley...*" Esta costumbre se ha ensayado con fruto en La Rioja en el ámbito de la contratación administrativa para numerar los modificados de los Proyectos de obras. A este respecto, se - sugiere:

- Someter a disciplina las denominadas *Leyes de Acompañamiento a las de Presupuestos* para evitar la inseguridad jurídica que pueden provocar. Una sugerencia pudiera ser dividir las en tantas Leyes de modificación numeradas como leyes modificadas.

- Igualmente se sugiere exigir la publicación oficial en el BOR de *textos actualizados* completos cada vez que se produzca una modificación. El ejemplo de la reciente modificación del EAR es bien elocuente de la necesidad de seguir esta recomendación.

- Se sugiere ponderar también la conveniencia de simplificar la cita y numeración de las Leyes limitándose a su número y año (p.e., Ley 3/1995) ya que las fechas de su aprobación o promulgación, es decir, la indicación de su mes y día, es meramente casual, puede coincidir con la de otras leyes y tampoco expresa la fecha de entrada en vigor de la ley, por lo que carece de cualquier utilidad.

- Se sugiere uniformar el sistema de citar normas exigiendo siempre expresar el número de la disposición, su año, separado por una barra, su título completo entre comas.

- Respecto a las Exposiciones de Motivos.-

- Se sugiere imponer como obligatoria la numeración de

sus apartados, para facilitar su cita, siempre que contenga más de uno

- Se sugiere exigir siempre una cita exacta, no sólo de las *competencias* existentes para normar sino, precisamente, de los *títulos competenciales* habilitantes, es decir, de los preceptos de la Constitución y del Estatuto de Autonomía o de las Leyes Orgánicas del art. 150.2 CE que habiliten para acometer la normación de que se trate, tal y como venimos insistiendo en nuestros Dictámenes antes citados. Teniendo en cuenta que sólo el *bloque de la constitucionalidad* citado contiene títulos competenciales y no los Reales Decretos de traspaso de medios personales y materiales para el ejercicio de competencias. Cuando se trate de desarrollar legislación estatal básica debe citarse ésta y, a poder ser, los preceptos que la declaran básica. También se citará la legislación comunitaria europea que se trate de trasponer o aplicar en La Rioja.

Concretamente, esta última cita debe acomodarse al "*Sistema uniforme de citación de disposiciones de los Tratados constitutivos de la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam*" adoptado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según su Comunicado de prensa de 4-12-1998 y que opta por la numeración arábica de todos los artículos de los tratados seguida de la expresión en letras abreviada de dos letras

para cada uno de ellos, que, en español, es CA, EA, CE y UE, para los Tratados CECA, EURATOM, CE y UE. Este sistema de cita se presta, entre nosotros, a cierta confusión respecto al Tratado CE, ya que, al tener que citarlo como CE, puede confundirse con las mismas siglas empleadas para citar nuestra Constitución, por lo que habrá que tenerlo en cuenta para dejar claro el contexto cuando concurren ambas citas.

- *Respecto a la parte dispositiva.*-

- Se sugiere imponer un sistema uniforme de cita de los preceptos legales citados en las propias disposiciones generales riojanas, que sirva también para una cita uniforme de los mismos en el ámbito administrativo riojano. Por ejemplo, se sugiere el sistema adoptado por este Consejo Consultivo de citar los artículos con la abreviatura art. , seguida de su número e indicación de sus párrafos numerados en arábigos y separados por puntos, no por guiones o comas salvo cuando se ordenen por letras, en cuyo caso se separarán por comas. Ejemplo: "*Ley 3/1995, de..., art. 23.4, c)*".

- *Respecto a las Disposiciones Finales.*-

- Se sugiere recordar que la potestad reglamentaria reside en el Gobierno como órgano pluripersonal y no en los Consejeros individualmente considerados, por lo que deben evitarse en las Leyes y Decretos las habilita-

ciones genéricas a los mismos para reglamentar una materia. Cuando deban hacerse se limitarán a aspectos muy concretos de la misma (p.e. aprobar modelos de impresos, proceder a convocatorias, etc.).

- Respecto a las Órdenes.-

- Se sugiere eliminar la situación actual y exigir que ninguna aparezca en el BOR publicada sin fecha.

- Igualmente, se sugiere que las Órdenes expresen siempre, preferiblemente en su Preámbulo, la norma que fundamenta la competencia del Consejero para dictarla y que no puede ser sólo la genérica del art. 35, e) de la Ley 3/95, sino una específica contenida en una Ley distinta o en un Decreto concreto que ampare la actuación correspondiente, para expresar así el cumplimiento del requisito de la doble habilitación de la potestad reglamentaria de los Consejeros que antes hemos expuesto.

Noveno

Análisis de la parte segunda del documento relativa a aspectos lingüísticos, a los anexos y cronogramas

La parte final del documento recoge ciertas reglas de preceptiva literaria sobre el correcto empleo de la gramática, la ortografía, la sintaxis y los signos de puntuación, en su mayor parte inspirados en los libros de estilo administrativo.

La naturaleza de estas directrices es acusadamente técnica y su eficacia, en

rigor, debe enlazar con la que tengan las pautas generales establecidas por la Real Academia de la Lengua en su Diccionario, Gramática y normativa lingüística en general, textos éstos de autoridad que deben inspirar a la Administración Pública riojana más que las recomendaciones de otra procedencia, especialmente desde que el art. 8.1.24 EAR alude a la lengua castellana como parte esencial de la cultura riojana.

En cuanto a los anexos sobre cronogramas de actuaciones para presentación de documentos al Gobierno para su aprobación, es materia de organización rigurosamente interna en la que no debemos efectuar recomendación alguna.

Por último, parece muy aconsejable que el documento incluya como anejo un texto articulado con la directrices concretas y numeradas que propone para la elaboración de disposiciones generales, tal y como se ha hecho en el ámbito Estatal, en otras Comunidades y en las propuestas científicas y doctrinales sobre la materia. Sería ese texto y no el documento, en sí más complejo, el que podría pensarse en aprobar y publicar para general conocimiento.

CONCLUSIONES

Primera

La “información” que se nos ha solicitado al amparo de la Ley 10/95 sobre el documento titulado “*Sistemática para la elaboración de normativa en la Comunidad Autónoma de La Rioja*” debemos evacuarla en forma de dictamen.

Segunda

El documento que se nos ha remitido no define su propia naturaleza jurídica,

no obstante lo cual entendemos que se trata de un conjunto de reglas meramente técnicas y de ámbito interno sobre directrices para la elaboración de disposiciones generales, reglas que resultan obligatorias únicamente para las autoridades y personal dependientes jerárquicamente del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en forma muy similar a las Circulares e Instrucciones, tal y como hemos expuesto en los Fundamentos Jurídicos Tercero y Quinto de este dictamen, sin que puedan ser alegadas ante los Tribunales ni derivarse de su contravención consecuencias anulatorias para los textos que las contravengan.

Tercera

Aunque el documento en cuestión tampoco se pronuncia al respecto, la Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para establecer tales directrices al amparo de los títulos competenciales a que hemos aludido en el Fundamento de Derecho Cuarto de este dictamen.

Cuarta

Dicho documento no determina tampoco la forma en que debe ser aprobado. En el Fundamento Jurídico Quinto de este dictamen hemos expuesto una completa valoración de las distintas alternativas. Desaconsejamos una aprobación en forma y rango de ley o de reglamento que les dotaría de carácter jurídico y de alegabilidad ante los Tribunales con la posibilidad añadida de anulabilidad de las disposiciones dictadas sin observarlas. Lo usual en otras Administraciones Públicas ha sido aprobar estas directrices por Acuerdo del Gobierno respectivo y publicarlo en

el Boletín Oficial correspondiente a efectos de mero conocimiento general.

Quinta

No obstante lo anterior, por razones de analogía y coherencia, el documento objeto de este dictamen debe acompañarse, para su eventual aprobación, de todos los antecedentes exigidos por la Ley 3/95 para cualquier proyecto de disposición general y acompañarse de un anejo que incluya el texto articulado con las directrices concretas que se proponen para su aprobación y eventual publicación para general conocimiento.

Sexta

En cuanto a su contenido, el documento no expresa la razón de no incluir listas de chequeo o otros parámetros de valoración normativa a los que aludimos en el Fundamento de Derecho Sexto de este dictamen.

Séptima

Silencia el documento las fuentes utilizadas para su elaboración, limitándose a copiar acriticamente el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991 sobre Directrices de técnica legislativa publicado en el BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1991 y ciertos criterios lingüísticos de los libros de estilo administrativo al uso, con mínimas aportaciones novedosas.

Octava

El documento olvida casi completamente la posición institucional del Consejo Consultivo de La Rioja en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales y otro tanto sucede con respecto al Consejo Económico

y Social de La Rioja o al Servicio de Información, Calidad y Evaluación.

Novena

En el Fundamento Jurídico Séptimo hemos efectuado algunas observaciones y sugerencias concretas que pueden ponderarse en materia de directrices de técnica legislativa. Especialmente se sugiere:

A) Aclarar expresamente en el documento que, en su caso, se apruebe, que tales directrices no constituyen normas jurídicas alegables ante los Tribunales cuya contravención pueda conllevar la anulación de las disposiciones afectadas, sino un conjunto de reglas meramente técnicas dirigidas a las autoridades y personal dependiente de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja encargados de la elaboración de los proyectos de disposiciones generales, sin perjuicio de que sean de obligado cumplimiento para dichas autoridades y personal y de que su eventual incumplimiento por parte de los mismos pueda acarrear la

exigencia de responsabilidad disciplinaria para los contraventores.

B) Incorporar a las directrices que se aprueben nuestra reiterada doctrina sobre la importancia de cumplir los trámites del procedimiento especial de elaboración de disposiciones generales contenido en la Ley 3/95, pues tales trámites sí son normas jurídicas alegables ante los Tribunales y cuya eventual omisión puede conllevar la anulación de la disposición correspondiente, como está ocurriendo con la omisión del dictamen del Consejo Consultivo. También debería incorporarse nuestra doctrina sobre cada uno de esos trámites, reseñada al final del Fundamento Jurídico Séptimo de este dictamen.

Décima

En base a todo lo anterior, el Consejo Consultivo entiende que el documento en cuestión, si bien resulta aprovechable como trabajo inicial en la materia, antes de ser aprobado, debe ser complementado en la forma señalada en este dictamen”

Dictamen 56/2000, de 6 de noviembre.

Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de precedencias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

“...**Primero**

Necesidad y ámbito del dictamen del Consejo Consultivo

El dictamen del Consejo Consultivo resulta preceptivo en este caso por un doble concepto: en cuanto que se trata de un proyecto de Reglamento, y en

cuanto que afecta al régimen protocolario del propio Consejo.

A) En cuanto que Proyecto de reglamento.

El Consejo Consultivo de La Rioja resulta competente para dictaminar en este caso y nuestro presente dictamen

tiene carácter preceptivo, todo ello, no sólo en los términos establecidos en el art. 8.4. C) de nuestro Reglamento, aprobado por Decreto 33/1996, de 7 de junio, sino también a tenor de lo establecido en los artículos 22.3 y 23.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, criterio que ha sido ratificado por el Tribunal Supremo en Sentencias de su Sala 3ª de 12 de mayo de 1987; 7 de marzo, 25 de julio y 27 de noviembre de 1990; 21 de enero y 5 de mayo de 1991; 17 de noviembre de 1995 y 3 de junio de 1996; así como por la Sentencia núm. 930/96, de 29 de mayo de 1997, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, entre otras, corroborando así la doctrina sentada por este Consejo Consultivo en nuestros Dictámenes 5/97, F. J. 4º-C); 6/97, F.J. 2º; 7/97, F.J. 1º; 13/97, F.J. 1º; 17/97, F.J. 1º; 21/97, F.J. 1º; 22/97, F.J. 1º; 23/97, F.J. 1º; 25/97, F.J. 1º; y 29/97, F.J. 1º, entre otros, por lo que procede, simplemente, ratificarla.

En cuanto al ámbito de nuestro dictamen en estos casos, ya señalábamos en nuestro Dictamen 9/96, F.J. 1-b), en doctrina luego reiteradamente ratificada, que, además del *juicio de estatutoriedad*, es decir, de adecuación del texto propuesto al Estatuto de Autonomía y, por extensión, al bloque entero de la constitucionalidad que conforma el contexto en que el Estatuto se inserta, procede un *juicio de legalidad*, esto es, de adecuación de lo proyectado a la ley que le sirve de cobertura o a la que pretende desarrollar reglamentariamente.

También, por expresa autorización del art. 3.2 de nuestro Reglamento, es posible incluir *juicios de oportunidad o conveniencia*, así como de *técnica y calidad legislativa*, con la conocida

auto-restricción que en estas materias venimos imponiéndonos para limitarlas a los aspectos de seguridad jurídica y buen funcionamiento de la Administración Pública, prescindiendo de cuestiones de opinión, políticas, gramaticales o de mero estilo de redacción

B) En cuanto Proyecto de disposición general que afecta al régimen protocolario del Consejo Consultivo.

Por otro lado, en cuanto que el Proyecto que se nos ha remitido contiene también la ordenación de la precedencia protocolaria del Consejo Consultivo de La Rioja, resulta preceptivo nuestro dictamen a tenor de lo dispuesto en el art. 8.5 de nuestro precitado Reglamento a cuyo tenor *“el Consejo Consultivo deberá ser consultado preceptivamente sobre cualquier procedimiento en que haya de adoptarse una decisión o disposición que afecte a su organización, composición, competencia, régimen o funcionamiento”*, especialmente si se tiene en cuenta que una de las garantías institucionales de la completa autonomía funcional del Consejo Consultivo asegurada por el art. 97.2 de nuestra Ley reguladora (Ley 3/1995, de 8 de marzo, redactado por la Ley 10/1995, de 29 de diciembre), en línea con lo ahora exigido con rango estatutario por el art. 42 EAR'99, es precisamente, tal y como establece el art. 14 D) de nuestro Reglamento, el disfrute del estatuto protocolario especial que el propio Reglamento establece en su art. 18.

Ello permite que, tal y como hemos señalado en nuestro Dictamen 51/00, este Consejo se pronuncie con la mayor amplitud sobre ese aspecto concreto del Proyecto, pudiendo incluso señalar las posibles carencias normativas del mismo que convenga subsanar.

Segundo

Límites de la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de precedencias protocolarias

Tal y como hemos declarado en nuestro reciente Dictamen sobre el Proyecto de Ley en materia de honores y distinciones, debemos entender que el “*ius honorandi*”, una de cuyas manifestaciones es la ordenación protocolaria de las precedencias en actos públicos, se presenta, en principio, como una facultad inherente a todo grupo social organizado y jurídicamente reconocido, puesto que, tanto el mérito honroso de una persona, en virtud de sus propias cualidades subjetivas, u objetivamente por razón del cargo que desempeña, como la honra que, en consecuencia, ha de tributarse y que puede manifestarse en forma de precedencia protocolaria sobre otros en los actos públicos, se aprecian y establecen, respectivamente por el mismo grupo social.

Ahora bien, esta misma inherencia del “*ius honorandi*” en la personalidad jurídica de todo grupo organizado hace que cada uno de tales grupos haya de respetar la competencia de los demás sobre la misma materia de suerte que cada uno de los grupos honorantes no se inmiscuya en la legítima función honorífica de los demás en sus respectivos ámbitos.

Ello implica que, cuando el grupo social organizado de que se trata es una Comunidad Autónoma, no sólo hay que analizar los títulos competenciales habilitantes con que la Comunidad Autónoma cuenta para normar las precedencias protocolarias en actos oficiales, sino también la delimitación de dichos títulos con respecto a otros gru-

pos sociales igualmente competentes en la materia, como son, especialmente, el Estado central y las personas físicas o jurídicas particulares que organicen actos meramente sociales.

El Anteproyecto que se nos ha remitido para dictamen versa sobre el régimen de las precedencias protocolarias en los actos oficiales organizados por las autoridades e instituciones en el ámbito propio de la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 1 del Proyecto), se trata, pues, de una norma sobre protocolo, materia que no aparece recogida, “*expressis verbis*”, en el Estatuto de Autonomía de La Rioja, aprobado por Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero (EAR’99), si bien puede considerarse amparada por la competencia habilitante para el ejercicio de la potestad de auto-organización de las propias instituciones y órganos administrativos, recogida en los arts. 8.1.1 y 26.1 EAR’99 toda vez que la ordenación de autoridades no es sino una manifestación de los poderes de auto-organización.

La potestad de auto-organización ha sido asumida en sus Estatutos con carácter general por todas las Comunidades Autónomas y, en el caso de La Rioja, había sido ya ejercitada en materia de precedencias por la extinta Diputación Provincial (cuyas competencias ha asumido la Comunidad Autónoma en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 13 y en la Disposición Transitoria Primera del Estatuto de Autonomía de 1999) mediante su Reglamento de Protocolo, Honores y Distinciones, aprobado por Orden Ministerial de 30 de marzo de 1971, hasta ahora vigente en La Rioja y del que trae causa el Proyecto que se nos ha remitido, como así lo reconoce expresamente su propia Exposición de Motivos.

Esta competencia autonómica ha sido aceptada implícitamente por la STC 38/1982 al resolver un conflicto entre el Estado central y la Generalidad de Cataluña sobre un reglamento de precedencias de ésta última Comunidad Autónoma que sólo fue declarado contrario a la Constitución en cuanto pretendía ordenar la prelación relativa de ciertas autoridades estatales en actos en que las mismas concurrían con las autonómicas catalanas.

Ahora bien, el título competencial en que la potestad de auto-organización consiste sólo ampara la ordenación protocolaria de los actos oficiales, entendiéndose por tales los que se celebren en territorio de La Rioja y por autoridades o instituciones autonómicas riojanas, pero en modo alguno a los actos sociales, entendiéndose por tales los celebrados en La Rioja por personas o instituciones particulares o públicas pero carentes de potestades de *imperium* en el lugar donde el acto se celebre.

De esta limitación estructural del título competencial que ampara la ordenación de precedencias se deducen las reglas de delimitación existentes en esta materia con respecto a las competencias estatales y de otras entidades públicas y privadas.

Tercero

Incompetencia autonómica en materia de “actos sociales”

Contradiciendo el objeto declarado en su art. 1, el Proyecto regula también en sus artículos 2.2 y 6 determinados aspectos del protocolo de los *actos sociales*, como es el régimen de precedencias y presidencias de las autorida-

des autonómicas que asistan a los mismos, materias en las que no ostentan competencia alguna ni la Comunidad Autónoma de La Rioja ni su Gobierno y que, por tanto, este Consejo estima que son contrarias al orden constitucional de distribución de competencias en la materia.

1. Incompetencia para definir el concepto de “acto social”.-

El art. 6.1 no define el concepto de *acto social* sino que sólo indica que los actos sociales son los definidos en el art. 2.2, pero este precepto propiamente tampoco ofrece una definición sino que se limita a disponer que “*en el resto de celebraciones, actos o conmemoraciones organizados por instituciones sociales en el territorio de la Comunidad Autónoma, en los que intervengan autoridades de la Comunidad Autónoma de La Rioja, también será de aplicación este Reglamento de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del mismo*”.

Sin considerar que la expresión residual (“*el resto..*”) del art. 2.2 no parece la más acertada en una norma de protocolo pues conlleva una cierta desvalorización de los actos sociales que debemos reputar injustificada, lo cierto es que el art. 6.2 regula “*los actos referidos en el punto anterior*”, es decir, “*los actos sociales, organizados por otras instituciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja*”, pero esa expresión - “*otras instituciones*” - es imprecisa puesto que no puede referirse a instituciones jurídico-públicas (ya que se contiene en el contexto del art. 6 que se refiere a los actos sociales definidos en el art. 2.2 como los organizados, precisamente, por instituciones sociales, es decir, las que no

son instituciones autonómicas definidas en el art. 2.1, segundo párrafo y a las que, como antes hemos señalado, parece también referirse el art. 3.2), pero entonces no se comprende a qué “*otras instituciones*” puede referirse el precepto y, por eso, hay que entender referida sólo a las instituciones sociales, es decir, a todas las sujetas a un régimen jurídico-privado y que, por tanto, no son jurídico-públicas o bien a éstas últimas cuando actúan desprovistas de potestades de *imperium*, por operar fuera de su territorio competencial o por cualquier otro motivo.

Parece, pues, que lo que quiere expresar el Proyecto es que: “*A efectos de este Reglamento, son actos sociales los celebrados en la Comunidad Autónoma de La Rioja por particulares o instituciones sociales distintas de las contempladas en el número 1 de este mismo precepto para la celebración ...*”. Pero el problema no se solventa con la mera sugerencia de emplear en el art.2.2 del Proyecto esta forma de expresión y, correlativamente, la de suprimir, por imprecisa y reiterativa, la expresión “*organizados por otras instituciones en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja*” que ahora aparece en el art. 6.2, ambos del Proyecto, y no se solventa porque el problema es de falta completa de competencia de la Comunidad Autónoma y su Gobierno regional para regular los actos sociales y el protocolo aplicable a los mismos.

En efecto, el Proyecto determina que la institución que organice cualquier acto social deberá hacerlo “*de acuerdo con lo dispuesto en el presente reglamento*” (art. 6.1) y que la presidencia de los mismos “*corresponderá a quien presida la entidad organizadora del acto,*

salvo cuando asista el Presidente del Gobierno de La Rioja o del Parlamento de La Rioja, en cuyo caso ostentará la presidencia éstos últimos, por su orden” (art. 6.2) y, además, determinando esta última circunstancia la competencia de los servicios de protocolo autonómico (art. 11). Pues bien, todos estos preceptos resultan claramente contrarios a Derecho en cuanto se refieran o afecten a actos sociales.

2. Inaplicabilidad del reglamento a los actos sociales.

El art. 6.1 del Proyecto impone la aplicación del orden prelativo establecido en este Proyecto a los actos sociales cuando exige que los mismos se realicen “*de acuerdo con lo dispuesto en el presente reglamento*”, pero carece de cobertura jurídica para ello.

En efecto, el Reglamento de precedencias, como antes hemos indicado, sólo goza de cobertura competencial en la medida en que regula aspectos propios de la *potestad autonómica de autoorganización*, de suerte que su campo natural de aplicación son los *actos oficiales* tal y como deben ser concebidos (es decir, los organizados en La Rioja y por el Gobierno o la Administración Públicas regionales) y, por tanto, en forma alguna puede aplicarse a los actos meramente sociales (es decir, a los que no son oficiales porque han sido organizados en La Rioja por personas o instituciones particulares o públicas que actúan desprovistas de *imperium*).

Por tanto, para la aplicación del Reglamento no basta con que se trate de un acto social que se celebre en La Rioja y que el mismo cuente con la mera “*asistencia*” de una autoridad autonómica

(como parece querer expresar los arts. 6.2 y 11 “*in fine*” del Proyecto), pues, aun considerando que el Proyecto no haya tratado de legitimar una *asistencia simple* sino tan sólo la cualificada por la siempre necesaria y previa invitación expresamente cursada por el organizador del acto social a la autoridad autonómica correspondiente en concepto de tal, tampoco en tales condiciones podría aceptarse una aplicación, ni siquiera limitada, del reglamento autonómico de precedencias a un acto social, ya que la prelación reglamentaria de la autoridad autonómica invitada no forma parte de su estatuto personal y sólo tiene virtualidad funcional en el seno de actos oficiales que organice el Gobierno o Administración regional a los que pertenece y, en modo alguno, en actos sociales, donde sólo gozará de la prelación que le corresponda con arreglo a los criterios a los que deba someterse el organizador del acto social de que se trate criterios que, normalmente, no serán de contenido jurídico ni estarán expresados en normas obligatorias, sino que pertenecerán a la esfera de los usos sociales en materia de cortesía y protocolo, en lo que carece de toda competencia la Comunidad Autónoma y su Gobierno.

Por supuesto que el organizador de un acto privado, en ejercicio de su potestad de auto-organización, puede aplicar voluntariamente los criterios de ordenación del Reglamento autonómico de precedencias, pero dicha aplicación nunca puede producirse “*ope legis*” (es decir, en cuanto que tal reglamento en virtud de su misma naturaleza normativa jurídico-pública), ya que, como venimos señalando, dicho reglamento es una norma emanada de un legislador incompetente para regular actos socia-

les y que, por tanto, no puede imponer de oficio la ordenación protocolaria de los mismos.

En esa hipótesis el Reglamento que nos ocupa se aplicaría sólo en virtud de un *acto libre de voluntad* y “*de parte*” por la que el organizador del acto social realizase una libre sumisión tácita a la disciplina prelatoria del Reglamento, pero ello no puede ser ni siquiera sugerido por el Reglamento autonómico sin incurrir en incompetencia.

En efecto, en los actos sociales, ese acto de libertad civil, esencialmente privado, en que la invitación consiste, constituye la verdadera “*lex acti*” y es el organizador que la ha cursado el único a quien compete fijar los criterios de prelación y ordenación, arrojando el riesgo de una sanción social-jurídica- si no se ajusta a los usos y costumbres de cortesía y protocolo para distinguir a los invitados que, por su autoridad o posición, requieran ocupar un lugar preferente.

Repárese en que lo que acabamos de expresar conlleva que (aunque el acto social se celebre en La Rioja), el reglamento autonómico de preferencias no se puede aplicar “*ob rem*”, es decir, en virtud del carácter jurídico-público de la norma en relación con el fuero situacional del acto, ni tampoco “*in personam*”, es decir, en base a un criterio *de personalidad* por cuya virtud se entendería que el orden prelativo del reglamento se aplicara a una autoridad cuando hubiera sido invitada en concepto de tal, sino que dicho Reglamento no se puede aplicar en forma alguna ni competencia alguna tienen al respecto los servicios autonómicos de protocolo, sin perjuicio de que el organiza-

dor decida aplicarlo libremente o recabar el auxilio de tales servicios en uso de su potestad de ordenación del acto, pero entonces se trata de una *autovinculación* del organizador del acto y no de una aplicación del Reglamento en sentido jurídico.

3. Incompetencia para determinar el régimen de presidencia de los actos sociales.-

Si, como hemos razonado, la Comunidad Autónoma de La Rioja carece de competencia para definir qué sea un acto social a efectos de precedencias y para determinar la aplicación a los mismos de su propio reglamento en la materia, mucho menos la puede tener para fijar en el mismo quién deba ser la persona física que presida un acto social organizado con arreglo a las leyes por una institución no oficial de la propia Comunidad Autónoma, como pretende el art. 6.2

La organización de actos sociales pertenece al contenido esencial de derechos fundamentales como la intimidad personal y domiciliaria, el derecho de reunión, de asociación o la libertad de empresa, que sólo pueden ser limitados por normas con rango de ley (art. 53.1 CE) y sólo teniendo competencia conferida al efecto por el *bloque de la constitucionalidad*, una competencia a la que no alcanza la que la Comunidad Autónoma de La Rioja tiene para auto-organizar sus instituciones y órganos administrativos y que, como hemos señalado antes, es la única que ampara a la ordenación de precedencias.

Pues bien, el art. 6.2 del Proyecto no se ha limitado recoger -sin competencia para ello- la norma consuetudinaria de que la presidencia de los actos sociales

corresponde a quien determine la institución social que los organice (que, además, no necesariamente ha de ser quien las presida, aunque ello sea lo ordinario), sino que dispone directamente que dicha presidencia “ *corresponderá a quien presida la entidad organizadora del acto*”, lo cual excede del ámbito competencial autonómico (que es siempre de Derecho público y se rige por el *principio de legalidad*) en cuanto que se adopta una determinación de Derecho privado (aunque, como suele suceder en materia de protocolo, sea meramente consuetudinaria) que se rige por el *principio de libertad civil* cual es establecer a quién corresponde la presidencia de un acto social, llegando a precisar, con evidente defecto competencial, que la presidencia del acto debe corresponder necesariamente a quien ostente la presidencia de la entidad organizadora.

Por iguales motivos y en virtud de cuanto hemos señalado anteriormente, la atribución de la presidencia específica de esos actos a los Presidentes autonómicos del Gobierno o del Parlamento que se efectúa en el art. 6.2 del proyecto y la correlativa vocación a los servicios protocolarios de la Comunidad Autónoma que se hace en el art. 11 “*in fine*”, carecen de amparo competencial.

Por todo ello, el art. 6 y, por conexión, el 11 “*in fine*” del Proyecto no son conformes al orden constitucional de competencias

Cuarto

Delimitación del concepto de “acto oficial”

El Proyecto ha tratado de delimitar la potestad de auto-organización de la

Comunidad Autónoma con respecto a la del Estado central en materia de precedencias, pero ha olvidado que también es preciso delimitarla con respecto a las propias instituciones autonómicas dotadas de una autonomía reconocida por el bloque de la constitucionalidad o por las leyes y ese olvido se ha traducido en una concepción del “*acto oficial*” que este Consejo Consultivo entiende que no resulta conforme a Derecho.

En efecto, el artículo 1 del Proyecto parece indicar que el objeto de la norma que pretende se limita a los *actos oficiales*, pero no limita los mismos a los celebrados en La Rioja por autoridades u órganos del Gobierno y la Administración Pública regionales con cualquier finalidad incluida en su ámbito de intereses o competencias, sino que el art. 2.1 dispone que “*son actos oficiales en la Comunidad Autónoma los organizados por instituciones o autoridades de la Comunidad Autónoma de La Rioja para la celebración de festividades, acontecimientos y conmemoraciones*”. Se trata de una definición jurídicamente incorrecta por razón de su ámbito subjetivo, objetivo y formal:

A) Excesos del concepto por razón de su ámbito subjetivo.-

En primer término, el concepto de acto oficial que ofrece el Proyecto es jurídicamente incorrecto en cuanto que no se limita a los actos organizados por el Gobierno o la Administración Pública Regionales sino que, sin título habilitante para ello, trata de regular los actos que organicen cualesquiera instituciones comprendidas en la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global, aunque estén dotadas de una

autonomía reconocida por el bloque de la constitucionalidad o las leyes.

En efecto, el Estatuto de Autonomía realiza una atribución “*in genere*” de la potestad de auto-organización a la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global, es decir, comprendiendo todas sus instituciones de cualquier naturaleza (legislativas, ejecutivas, consultivas, administrativas, universitarias, etc.) pero la titularidad y ejercicio “*in concreto*” de dicha potestad corresponde a cada una de las instituciones de la Comunidad Autónoma a las que el bloque de la constitucionalidad o las leyes confieren autonomía orgánica y funcional, como ocurre con el Parlamento (art. 18.2 EAR’99), el Consejo Consultivo (art. 42 EAR’99), las Entidades Locales (art. 137 CE) o las Universidades (art. 27.10 CE).

En otras palabras: la titularidad y ejercicio de la potestad de auto-organización que tiene la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global, se distribuye internamente entre las instituciones que, integradas genéricamente en dicha Comunidad, gozan del derecho de autonomía para la realización de sus respectivas funciones como garantía institucional de su funcionamiento. La auto-organización es, por lo tanto, una potestad propia de cada institución dotada de autonomía en el seno de la Comunidad Autónoma de La Rioja entendida en sentido global, es decir, se trata de una potestad compartida y de ahí que ninguna de esas instituciones dotadas de autonomía pueda ejercitar su potestad de auto-organización más que estrictamente dentro de su círculo o ámbito propio de intereses, sin que pueda proyectarla sobre los círculos de intereses propios de otras instituciones dotadas de autonomía, por la

sencilla razón de que sólo éstas últimas están legitimadas para ejercerla en los círculos que les son propios.

Esto significa concretamente que el Gobierno de La Rioja sólo puede ejercitar su potestad de auto-organización para organizar sus propias instituciones y órganos ejecutivos y administrativos y para ordenar los actos oficiales que los mismos organicen en La Rioja. Así pues, el ámbito de la potestad de auto-organización que puede amparar estos preceptos del Proyecto se circunscribe estrictamente al Gobierno y la Administración Pública regional y no se extiende ni puede aplicarse al Parlamento de La Rioja, al Consejo Consultivo de La Rioja, a las Entidades locales de La Rioja, a la Universidad de La Rioja o a cualesquiera otras instituciones, entidades u órganos que tengan una autonomía orgánica y funcional reconocida por el bloque de la constitucionalidad o por las leyes.

Por el contrario, los preceptos que comentamos (arts. 1 y 2 del Proyecto) comprenden en el concepto de “*actos oficiales*” a instituciones distintas del Gobierno y la Administración Regionales, de suerte que, si es cierto que los actos oficiales son los organizados por cualesquiera instituciones autonómicas (arts. 1 y 2.1, párrafo segundo), se podría, por ejemplo, llegar al absurdo de que un acto oficial organizado por el Parlamento de La Rioja - que, indudablemente es una de esas instituciones a las que se refiere el art. 2.1 del Proyecto- tuviera que estar presidido por el Presidente del Gobierno con arreglo al orden prelativo del art. 3. Insiste en esa incorrecta idea el art. 5 del proyecto que, por conexión debe ser también reputado contrario al orden de distribución de

competencias establecido por el bloque de la constitucionalidad

La razón de una incongruencia tan absurda como la del ejemplo propuesto es que el Gobierno regional carece de título competencial habilitante para ello pues su potestad de auto-organización no se extiende a instituciones distintas del Gobierno y la Administración Pública regionales y, mucho menos, a las que gozan de una autonomía orgánica y funcional reconocida por el bloque de la constitucionalidad o por las leyes y que tales instituciones pueden proyectar en la ordenación de las precedencias en los actos que organicen.

B) Incorrecciones del concepto en lo relativo a su ámbito objetivo.-

En segundo lugar, el concepto de acto oficial del Proyecto es incorrecto jurídicamente por razón de su ámbito objetivo en cuanto que no determina claramente la exigencia de que los actos se celebren precisamente *en* La Rioja, pues, aunque contiene la partícula “*en*” (cuando señala que “*son actos oficiales en la Comunidad Autónoma...*”) y seguramente la “*mens legislatoris*” haya sido circunscribirse a los actos que se celebren en La Rioja, sin embargo la “*mens legis*” que se deduce de lo que literalmente expresa el precepto impide considerar que determine el requisito de que los actos *se celebren* precisamente *en* La Rioja pues se limita a indicar *qué se entiende en* La Rioja por actos oficiales, es decir, no determina el establecimiento de un requisito de localización del acto, sino el ámbito de vigencia de un concepto normativo, que es algo completamente distinto.

El requisito de que el acto, para poder ser reputado “*oficial*”, se realice pre-

cisamente dentro del territorio competencial de la autoridad o institución jurídico-pública que lo organice es de esencia en la distribución de competencias en esta materia, por la sencilla razón de que, fuera de ese territorio sólo podrán organizar actos oficiales las autoridades o instituciones públicas que tengan competencia sobre el mismo, todo ello sin perjuicio, naturalmente, de que siempre puedan organizar actos meramente sociales en cualquier parte como toda persona o institución particular con arreglo a las leyes.

Por ello, requerir que el acto se celebre precisamente *en* territorio de La Rioja es esencial para la constitucionalidad de la norma ya que, fuera del territorio riojano, la competencia para organizar actos oficiales corresponde exclusivamente al Estado o la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente al lugar de que se trate. Ello sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma de La Rioja pueda organizar fuera de su territorio actos meramente sociales con arreglo a las leyes como cualquier otra persona o entidad desprovista de potestades jurídico-públicas o de *imperium*. Con arreglo a la misma lógica:

- El Estado central puede perfectamente realizar actos oficiales en La Rioja en cuanto que ésta, indudablemente, forma parte del territorio estatal.

- Sin embargo, las Entidades locales de La Rioja sólo pueden realizar actos oficiales dentro de su propio territorio, aunque puedan realizar actos meramente sociales fuera de él y tanto dentro como fuera de La Rioja.

- En cuanto a otras Comunidades Autónomas y a las demás entidades locales de fuera de La Rioja, no pueden celebrar en territorio riojano actos oficiales sino actos meramente sociales con arreglo a las leyes.

- Respecto a las entidades u órganos de régimen jurídico-público y composición mixta en los que participe el Estado o varias Comunidades Autónomas o bien diversas entidades locales e incluso particulares con diversas finalidades de interés público (fundaciones públicas, patronatos, consorcios, entes mixtos instituidos por convenios, etc.), pueden celebran actos oficiales en La Rioja si ésta queda comprendida en su ámbito territorial de actuación, en otro caso, los actos que celebren en La Rioja deben ser reputados meramente sociales.

C) Defectos del concepto por razón de su ámbito formal.-

En tercer lugar, el concepto de acto oficial que ofrece el Proyecto los circunscribe a los que tengan por finalidad "*la celebración de festividades, acontecimientos y conmemoraciones*", expresiones todas ellas que, pese a su generalidad, restringen excesivamente el ámbito formal de los actos oficiales que puede organizar el Gobierno o la Administración regionales ya que parecen reducir los actos oficiales a los relativos al subsistema identitario riojano, dejando fuera actos de cariz meramente protocolario o rigurosamente administrativo, tales como juramentos y tomas de posesión, presentación y entrega solemne de memorias, recepción ceremonial de autoridades y otros muchos.

En suma: todas estas consideraciones hacen que los arts. 1, 2, 3.2 y, por conexión, el 5 y el 9, todos ellos del Proyecto deban ser reputados contrarios al bloque de la constitucionalidad. Tales preceptos sólo resultarían conformes al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias si se ciñesen a los celebrados en La Rioja por autoridades u órganos del Gobierno y la Administración Pública regionales con cualquier finalidad incluida en su ámbito de intereses o competencias, pues sólo en ellos tiene el Gobierno de La Rioja potestad de auto-organización para ordenar el orden protocolario de colocación de las autoridades que asistan como invitados a los mismos.

Quinto

Competencias del Estado central en la materia

De cuanto hemos expuesto se deduce que lo reservado en esta materia al Estado central es simplemente la competencia para ordenar las precedencias en su propio ámbito, es decir, en cuanto afecta a autoridades estatales y a los actos a los que las mismas concurren, competencia que, por otra parte, ha ejercitado mediante la aprobación por Real Decreto 2099/1983, de 4 de agosto, de Ordenación General de las Precedencias en el Estado, pero sin impedir la ordenación protocolaria de precedencias por otras instancias inferiores, tanto autonómicas o locales como del sector privado en sus respectivos ámbitos.

Pues bien, el Proyecto que se nos ha remitido intenta ser irreprochable en materia competencial en lo que atañe al respeto de las competencias estatales en la materia, ya que, con buen criterio,

se ha desechado por el órgano instructor del expediente de elaboración de esta norma la propuesta del Gabinete de la Presidencia de incluir entre las precedencias del Proyecto a las autoridades estatales, propuesta que, por lo que acabamos de señalar, de haberse aceptado, hubiera resultado inconstitucional con arreglo a los criterios sentados en la STC 38/1982.

El Proyecto establece en su art. 8 una norma de respeto hacia la ordenación general de precedencias en el Estado que hay que estimar acertada en su intención y de contenido plenamente constitucional en cuanto que delimita negativamente el ámbito de la ordenación autonómica de precedencias salvando la general del Estado, tal y como señala la doctrina constitucional contenida en la reiterada STC 38/1982, siendo de destacar que el Proyecto en que se contiene ha sido informado favorablemente por el propio Servicio Jurídico del Estado en La Rioja.

Ahora bien, dicho art. 8 - que, insistimos, goza una plena constitucionalidad material en cuando al fondo de lo que dispone-, adolece de inconstitucionalidad formal por proceder de un legislador carente de competencia para promulgarlo con arreglo a la exigente doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que, cuando una Comunidad Autónoma carece de competencia para regular una materia (como ocurre concretamente con la incompetencia autonómica para la ordenación de las precedencias de autoridades estatales, tal y como ha declarado la precitada STC 38/1982) ni siquiera puede dictar una norma en la materia, aunque el contenido de la misma sea plenamente constitucional (cfr. STC 173/1998, F.J. 16).

Quizá una forma de resolver el problema fuera eliminar el reiterado art. 8 y trasladar su contenido a la Exposición de Motivos como explicación de los estrictos límites autonómicos a que ha de ceñirse la norma por imperativo constitucional.

En cuanto a la expresada alegación del Gabinete de Presidencia -que es el órgano autonómico encargado de la gestión del protocolo del Gobierno de La Rioja- hay que reconocer, pese a lo que acabamos de señalar sobre los problemas de inconstitucionalidad que acarrearía el haberla aceptado, que plantea un problema diario del protocolo riojano cual es la concurrencia habitual de las autoridades estatales a los actos protocolarios de la Comunidad Autónoma y que, desde esa perspectiva, el Proyecto que nos ocupa, al contemplar sólo la precedencia relativa entre las autoridades autonómicas y no poder referirse para nada a las estatales, es una norma que puede resultar de una utilidad muy reducida en la práctica para los encargados de la dirección del protocolo oficial que son sus principales destinatarios.

Para tratar de solventar esta cuestión que, por lo que acabamos de expresar, es de casi imposible salida por vía normativa, puede sugerirse que, simultáneamente a la aprobación del Decreto de ordenación de precedencias, el Gobierno de La Rioja acuerde aprobar una Instrucción o Circular, carente de valor normativo, pero obligatoria en el ámbito jerárquico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja y que incluso podría publicarse para general conocimiento (así lo permite el art. 37.10 LPAC), que sistematice de forma armónica el régimen estatal de precedencias, establecido por

el Real Decreto 2099/1983, con el autonómico que establezca el Proyecto que ahora nos ocupa, de forma que los responsables del protocolo en el ámbito riojano supieran a qué atenerse en la necesaria aplicación conjunta de dos normas, la estatal y la autonómica, que suelen confluír en unos mismos actos.

Ahora bien, mientras que los responsables del protocolo autonómico pueden encontrar de esa forma una posible solución al problema de la concurrencia de autoridades estatales a los actos oficiales de la Comunidad Autónoma, sin embargo el reglamento autonómico de precedencias no puede pretender en forma alguna imponerse a los responsables de protocolo estatales y tampoco la Comunidad Autónoma puede dictar una Circular o Instrucción al respecto, por ello, no es conforme a la Constitución el art. 3.2 en cuanto que la referencia a "*otras instituciones*" distintas de las autonómicas pudiera englobar al Estado central obligándole a respetar el orden autonómico de precedencias en los actos que organizase en La Rioja.

Sexto

Competencias de otras instituciones comprendidas en la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global pero dotadas de autonomía

El título competencial de auto-organización que el Estatuto de Autonomía confiere a la Comunidad en sentido global no puede ser monopolizado en exclusiva por una sola de las instituciones que la componen ya que, como hemos señalado, corresponde a cada una de ellas en su respectivo ámbito de actuación. Ello significa, por lo que respecta al Gobierno y la Administra-

ción Pública regionales que sólo pueden regular el protocolo de sus propios actos oficiales, no el de los que organizan otras instituciones integradas genéricamente en la Comunidad Autónoma en sentido global y que gocen de autonomía orgánica o funcional reconocida por el bloque de la constitucionalidad o por las leyes

Esta doctrina general permite resolver la cuestión de las precedencias en actos organizados por dichas instituciones, como son el Parlamento, el Consejo Consultivo, la Universidad o las Entidades locales de La Rioja.

1. Competencias protocolarias del Parlamento de La Rioja.-

El Parlamento de La Rioja es una institución (art. 15.1 ERA'99) integrada en la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global a la que se reconoce una completa autonomía orgánica y funcional para regular su composición, régimen y funcionamiento (art. 18.2 ERA'99), por lo que también es titular de la potestad de auto-organización que la Comunidad Autónoma para ordenar el régimen y funcionamiento de sus instituciones (art. 8.1.1 ERA'99)

Como quiera que una de las dimensiones que puede adoptar el ejercicio de dicha potestad auto-organizadora por parte del Parlamento de La Rioja es, sin duda alguna, la organización de sus propios actos oficiales, es obvio que el régimen protocolario y de precedencias que ha de observarse en los mismos queda cubierto y comprendido en el referido título competencia

De ahí que reputemos contrarios al orden de distribución de competencias establecido por el bloque de la consti-

tucionalidad todos los preceptos del Proyecto que se nos ha remitido en virtud de los cuales pudiera entenderse que actos oficiales organizados en La Rioja por el Parlamento de La Rioja con cualquier finalidad incluida en su ámbito de competencias o intereses deban sujetarse en todo o en parte, aunque sea mínima, a un reglamento de precedencias aprobado por el Gobierno

2. Competencia protocolaria de las entidades locales de La Rioja.-

Las entidades locales tienen reconocida autonomía por los arts. 137 y 140 CE para la gestión de sus respectivos intereses y la legislación estatal de régimen local les atribuye, en consecuencia, competencia para el otorgamiento de honores y distinciones (arts. 186 a 191 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre) por lo que ninguna duda cabe de que gozan de plena competencia para organizar actos oficiales y sociales y para la ordenación de las precedencias en los mismos, sin que la potestad de auto-organización de la Comunidad Autónoma de La Rioja alcance para imponerles una especial prelación de autoridades en los actos que las Entidades locales realicen en La Rioja.

3. Competencias del Consejo Consultivo de La Rioja en materia de precedencias y régimen protocolario del mismo en actos oficiales del Gobierno y la Administración Pública regionales.-

Algo similar a cuanto venimos señalando debemos indicar, *mutatis mutandis*, respecto al régimen protocolario del Consejo Consultivo de La Rioja.

En efecto, el Consejo es un órgano estatutario, reconocido en el art. 42 del Estatuto de Autonomía de 1999, y cuya completa autonomía orgánica y funcional -que es objeto de una rigurosa reserva de Ley por virtud del propio precepto estatutario- incluye indudablemente la ordenación de su propio protocolo como establece el art. 18 de nuestro Reglamento (aprobado por Decreto.33/96) a cuyo tenor *“el Consejo Consultivo y sus miembros gozarán del estatuto protocolario correspondiente a su categoría como alto organismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja”*.

Por tanto, el Consejo Consultivo, al igual que el Parlamento, la Universidad o las entidades locales de La Rioja, en lo que se refiere a los actos oficiales que como tal organice en La Rioja no es una institución situada en la órbita competencia del Gobierno y la Administración Regional cuyo protocolo pueda ser gestionado por los servicios protocolarios del Gobierno o la Administración regionales ni determinado por una disposición de la Comunidad Autónoma distinta de la propia Ley reguladora del Consejo, del Reglamento orgánico y funcional del propio Consejo o de los acuerdos adoptados por el mismo en esta materia, sino que debe ser determinado únicamente por dicha Ley, Reglamento o acuerdos y gestionado por el propio Consejo Consultivo.

En cuanto a los actos oficiales que organice el Gobierno o la Administración regionales y a los que deba ser invitado el Consejo Consultivo, sus representantes o integrantes, la competencia exclusiva para la ordenación protocolaria de los mismos corresponde indudablemente al Gobierno y la Administración Pública regionales a

través de sus propias normas y con la gestión de sus propios servicios de protocolo, sin más condiciones que la observancia de los criterios prelativos específicos que se derivan de la propia naturaleza del Consejo y que se cifran en su doble condición de órgano estatutario y de alto órgano consultivo.

La condición de órgano estatutario deriva de que el Consejo Consultivo de La Rioja es una de las instituciones (según refiere el propio art. 1, párrafo segundo del Proyecto) contempladas expresamente en el Estatuto de Autonomía de La Rioja (concretamente en el art. 42 ERA'99). esta condición aconseja que no se le anteponga en precedencia ninguna otra autoridad o institución autonómica que no figure expresamente contemplada en el Estatuto de Autonomía.

Un segundo aspecto a considerar es la condición de alto órgano consultivo que el Consejo tiene por disposición expresa, no sólo del ERA'99 (cit. art. 42), sino también de nuestra Ley (Ley 3/95, art. 97.1, en la redacción dada al mismo por Ley 10/95) y Reglamento (D. 33/1996, art. 1) reguladores. Esta condición aconseja que no se anteponga ninguna institución, autoridad u órgano que carezca de facultad para formular consultas al Consejo Consultivo, facultad ésta que el art. 31 de nuestro Reglamento restringe al Presidente del Gobierno de La Rioja, los Consejeros de su Gobierno y a la Mesa del Parlamento. Los Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales son órganos que no pueden consultar al Consejo, por eso parece inadecuado que precedan a los miembros del Consejo.

Por tanto, sugerimos que el art. 3 del Proyecto se adapte a ambos criterios.

4. Competencias protocolarias de la Universidad de La Rioja.-

Obra en el expediente un relativamente extenso pliego de alegaciones formulado por la Secretaría General de la Universidad de La Rioja en el trámite de audiencia que a dicha Universidad se confirió para que manifestara su opinión sobre el Proyecto que nos ocupa.

En dicho pliego se plantea directamente la cuestión del estatuto jurídico que tradicionalmente el protocolo universitario confiere a los Rectores y, por tanto, se reclama, en los términos del Derecho consuetudinario, para el Rector de la Universidad de La Rioja una prelación absoluta sobre cualquier otra autoridad de cualquier tipo que concurre a actos oficiales académicos celebrados por la propia Universidad de La Rioja en su propio recinto universitario.

Esta cuestión ha quedado resuelta mediante la aplicación de los criterios que venimos sosteniendo en este dictamen. En efecto, el Gobierno de La Rioja carece de competencia para englobar mediante Decreto a los actos universitarios entre los oficiales a los que deba aplicarse la ordenación autonómica de prelación de autoridades y tampoco la tiene para regular en forma alguna dicha prelación en los actos universitarios ni para determinar el régimen de la presidencia de los mismos. Por el contrario, tales competencias corresponden exclusivamente a la Universidad quien las ejercerá por sus propios servicios de protocolo con arreglo a los criterios protocolarios de ordenación que correspondan a sus propias normas y tradiciones y que, obviamente, obligan al Rector a ceder la presidencia de los actos académicos a los que asista una autoridad que, con

arreglo a tales normas y tradiciones, deba ser estimada de superior rango.

Desde luego, en el concepto de instituciones *de* la Comunidad Autónoma de La Rioja y que, por tanto, pueden organizar *actos oficiales*, hay que englobar también a la *Universidad de La Rioja*, puesto que, si bien fue creada por una Ley estatal, las competencias sobre la misma corresponden a la Comunidad Autónoma de La Rioja con arreglo al art. 10 ERA'99 (el traspaso de servicios se produjo por Real Decreto 95/1996, de 26 de enero), pero ello no legitima que el Gobierno pueda determinar por Decreto el protocolo de la Universidad. La Universidad es una institución con *autonomía* constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE), como también la tienen las entidades locales (arts. 137 y 140 CE) y, como hemos expuesto, en estos casos no es posible aplicar un Reglamento autonómico en materia de precedencias.

Es cierto que la local y la universitaria son autonomías de sentido y contenido diferente y que también es distinta la naturaleza jurídica de las entidades locales (que son corporaciones públicas de tipo asociativo, base territorial y funcionalidad acusadamente administrativa) y la de las Universidades (que son entes institucionales de tipo fundacional y funcionalidad esencialmente investigadora y educativa de nivel superior). Pero tampoco esas diferencias pueden legitimar una regulación de los actos oficiales universitarios en un reglamento autonómico de precedencias pues, tanto unas como otras, son instituciones con autonomía garantizada por el bloque de la constitucionalidad y, por tanto, situadas al margen de la cobertura competencia que la potestad de auto-organización ofrece al

Gobierno y a la Administración Pública regionales exclusivamente para la ordenación de las precedencias en sus propios actos oficiales.

Ello no significa, por supuesto, que la Universidad pueda prescindir de todo criterio protocolario en los actos oficiales que organice en su recinto, sino que la fijación de los criterios protocolarios que proceda le corresponde como a cualquier organizador de un acto social u oficial y que, en este caso, resultan potenciadas por razón de la autonomía universitaria aunque es dudoso que el régimen protocolario forme parte integrante de la misma.

En efecto, la autonomía universitaria constituye un derecho fundamental constitucionalmente garantizado, pero no es un derecho absoluto sino que está reconocido “*en los términos que la ley establezca*” (art. 27.10 CE.), lo que, según la STC 26/1987, significa que se trata de un derecho de configuración legal construido con la técnica de las garantías institucionales.

La autonomía universitaria es, por de pronto, funcional, ya que se confiere exclusivamente en función de asegurar el respeto a la libertad académica de investigación y enseñanza, de suerte que no es sino la versión institucional de lo que en el plano individual supone la libertad de cátedra (STC 26/1987).

Además, la ley que actualmente define el contenido de la autonomía universitaria no es otra que la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), cuyo art. 3, que es el que determina dicho contenido, no contempla el régimen protocolario, aunque éste constituya una potestad implícita en la mera personalidad jurí-

dica de la Universidad como lo demuestran el art. 18 LRU, que se refiere a la figura del Rector como máxima autoridad académica y representante de la misma, y el art. 50-c de los Estatutos de la Universidad de La Rioja, aprobados por Real Decreto 1296/1995, de 21 de julio, que atribuye al Rector la lógica función de presidir los actos universitarios a los que concurra.

La Secretaría General de la Universidad de La Rioja aduce en este sentido los ancestrales *usos y costumbres* sobre protocolo universitario que determinan la prelación del Rector sobre cualquier otro miembro de la Universidad correspondiente, incluso sobre las demás autoridades de todo orden, siempre y cuando se trate de actos universitarios celebrados en el interior del respectivo “*campus*”

El Derecho Protocolario ha sido y continúa siendo, en gran medida, un Derecho fundamentalmente consuetudinario y todo proyecto normativo que se precie en esta materia debe recoger o, al menos, respetar los usos tradicionales que existan en cada sector social. Pero, esto dicho, no podemos por menos que reconocer que una norma consuetudinaria, al tener un nivel secundario en nuestro sistema de fuentes y, desde luego, subordinado e inferior a la ley (art. 1.3 del Código Civil), no tiene el rango legal que el art. 27.10 CE requiere para integrar la autonomía universitaria y, por tanto, no es posible apoyarse en ella para integrar en la autonomía universitaria el régimen protocolario de la Universidad.

Así pues, en rigor, el régimen protocolario no forma parte del contenido legal de la autonomía universitaria garantizada por la Constitución, pero eso no signifi-

ca que pueda ser ordenado por la Comunidad Autónoma de La Rioja mediante una ley y mucho menos por el Gobierno de La Rioja mediante una disposición reglamentaria ya que, como hemos repetido a lo largo de este dictamen, tanto la Comunidad en general como el Gobierno en particular carecen de cobertura competencia para tal ordenación.

Es mas, la Comunidad Autónoma debe respetar las normas y costumbres del protocolo de cualesquiera otras instituciones públicas o privadas pero más aún si cabe en el caso de la Universidad en cuanto que su protocolo, aunque, como hemos dicho, no forme parte integrante de la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida, ha contribuido históricamente y sigue contribuyendo de forma eficaz a representarla externamente en los actos públicos que la misma organice en el recinto universitario y, en este sentido, el tradicional protocolo universitario contribuye a preservar la imagen de la garantía institucional en que la autonomía universitaria consiste.

Así pues, en nuestro criterio, la ordenación de su propio protocolo corresponde a la Universidad, no en virtud de la autonomía universitaria -aunque contribuya externamente a representarla y a preservar su imagen-, sino por su propia institucionalización como persona jurídico-pública capaz de organizar actos oficiales y es en ese concepto de organizadora de actos en base al cual queda vinculada por sus propias normas escritas o consuetudinarias las cuales deben interpretarse siempre sin perjuicio de que el Rector, como el presidente de cualquier otras institución pública o social, pueda y deba ceder la presidencia de un acto académico a una autoridad que concurra al mismo y que

el mismo Rector estime que, por su alta autoridad, debe presidir el acto, como puede ocurrir y, de hecho, sucede en varias Universidades españolas, por ejemplo, cuando asista el Presidente de la Comunidad Autónoma, el Ministro competente en materia universitaria, el Presidente del Gobierno o SS.MM. los Reyes, pero la Comunidad Autónoma no puede imponer obligatoriamente esos criterios a la Universidad.

Para lograr estas finalidades, el Secretario General de la Universidad de La Rioja en sus alegaciones sugiere importar al Proyecto que nos ocupa unos preceptos similares a los contenidos en los arts. 5 y 6 del Reglamento de ordenación general de precedencias en el Estado donde se excepciona el régimen general de precedencias cuando existan costumbres o tradiciones especiales.

Tales cautelas son siempre recomendables como uno de los criterios a tener en cuenta en materia de prelación, pero repárese en que las mismas sólo podrían referirse a la ordenación de actos oficiales organizados por el Gobierno y la Administración Públicas regionales que son los únicos a los que puede referirse el Proyecto que nos ocupa, por lo que, en rigor, la sugerencia del Secretario General de la Universidad no puede comprender a los actos universitarios por la incompetencia del legislador autonómico para regularlos en la que venimos insistiendo.

Séptimo

Sobre el rango reglamentario y la cobertura legal de la disposición general que se proyecta

La cuestión sobre el rango normativo que haya de revestir la disposición

ordenadora de las precedencias que deba dictarse en aplicación de la potestad autonómica de auto-organización es algo estrechamente ligado al ámbito de ésta última que hemos examinado, por ello debemos distinguir:

A) Si se desea emplear la competencia estatutaria de auto-organización para referirla a instituciones u órganos integrados en la Comunidad Autónoma en sentido global, el Gobierno de La Rioja carece de competencia, como antes hemos indicado, para una tal regulación y, por tanto, la norma reguladora nunca podría tener un rango meramente reglamentario ni aprobarse en forma de Decreto. Dicho de otra forma: Si se pretende aprobar un Decreto en esta materia, sólo se puede ejercitar la competencia de auto-organización en el ámbito del Gobierno y de la Administración regional que el mismo dirige y nunca afectando a otras instituciones de La Rioja ni, por supuesto, al Estado central ni a los actos sociales.

La opción por una regulación de las precedencias mediante una norma con rango de ley tampoco salvaría la incompetencia radical de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular actos sociales, estatales o de instituciones de la Comunidad Autónoma con autonomía garantizada por el bloque de la constitucionalidad, pero pudiera entenderse aplicable, además de al Gobierno y la Administración autonómica, a las instituciones de la Comunidad Autónoma cuya autonomía orgánica y funcional no estuviera institucionalmente garantizada en el ámbito autonómico de La Rioja o que tuviera en dicho ámbito una base determinada no por el bloque de la constitucionalidad sino meramente legislativa, como es el caso, por ejem-

plo, del Consejo Económico y Social de La Rioja.

Sin embargo la virtualidad de la Ley sería menor para afectar a las instituciones cuya autonomía orgánica y funcional haya sido garantizada mediante una especial reserva legal de base constitucional (como es caso de las entidades locales o de la Universidad) o estatutaria (como es el caso del Parlamento o del Consejo Consultivo), ya que en esos casos, tal y como señalamos en nuestro Dictamen 51/00, siempre hay que respetar los parámetros de constitucionalidad o estatutoriedad que definen el contenido de la autonomía de que se trate.

Por consiguiente, tampoco una ley sería la panacea para resolver íntegramente los diversos problemas que presenta esta materia, pero, en todo caso, se trata de una mera hipótesis ya que el Proyecto que nos ocupa no es de Ley sino de una disposición de rango meramente reglamentario.

B) En el Fundamentos de Hecho Octavo de este dictamen hemos señalado que, aunque no existe en el expediente un acto formal que así lo determine, parece que, en una fecha que tampoco consta con claridad pero que, sin duda, corresponde a los últimos días de mayo de 2000, el expediente, inicialmente tramitado para la elaboración de una norma con rango reglamentario, se escinde en dos: uno tendente a elaborar un un Proyecto de *Ley de Honores y Distinciones*, y otro encaminado hacia un Proyecto de *Decreto sobre Precedencias* siendo el primer borrador de éste último el único que, desde ese momento, figura, como documento núm. 20, en el expediente que se nos ha remitido a efectos del presente dicta-

men, si bien, simultáneamente, se nos remitió, también para dictamen, el expediente correspondiente al Proyecto de Ley a que acabamos de referirnos.

Desde luego, la competencia de auto-organización del Gobierno y la Administración regionales en materia de ordenación de precedencias tanto se puede ejercitar mediante una norma con rango de Ley, como en un reglamento, tal y como pretende el Proyecto de Decreto que se nos ha remitido para dictamen.

Ahora bien, el proyecto de disposición general que ahora nos ocupa es un Proyecto de reglamento a aprobar por el Gobierno de La Rioja en forma de Decreto y, en nuestro criterio, ese es el rango más adecuado para toda esta materia, tal y como hemos expuesto ampliamente en nuestro Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Honores y distinciones, al que nos remitimos.

Concluíamos en dicho Dictamen que, si bien nada impide jurídicamente que esta materia se escinda en dos Proyectos, uno de Ley (para los honores y distinciones) y otro de Reglamento (para las precedencias), no existe una reserva de ley para los honores y distinciones ni para las precedencias que se pretende regular y además lo usual en el marco del Derecho autonómico comparado es más bien la regulación de toda ella con rango meramente reglamentario que, como confiesa el órgano instructor del expediente, permite una más ágil modificación y adecuación a la realidad social.

El inconveniente que tiene la opción por el Proyecto de Decreto es que, de aprobarse, se trataría de uno de los denominados “*reglamentos indepen-*

dientes”, esto es, desvinculados de una Ley que deba desarrollar o ejecutar o con una cobertura legal tan amplia y genérica que deba reputarse meramente formal.

Por eso, sugeríamos en nuestro reiterado Dictamen sobre el Proyecto de Ley de Honores y Distinciones que, si se desea evitar la aprobación de un reglamento independiente en esta materia, se podría modificar la Ley 3/1995, de 8 de marzo, del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, añadiéndole, mediante un Proyecto de Ley al efecto, una Disposición Adicional por la que se facultase al Gobierno para aprobar mediante Decreto la acción honorífica de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de honores, distinciones, protocolo y precedencias.

Añadíamos que se señalaba la Ley 3/95 por ser la de tramitación ordinaria y contenido general más afín a la materia honorífica ya que, si bien por razones de conexidad, podría entenderse como más adecuado el introducir dicho precepto en la Ley 4/1985, de 31 de mayo, de Signos distintivos, ello podría tener la dificultad del *quórum* parlamentario especial requerido al efecto por el art. 3.2 ERA'99 que ha importado en nuestro Derecho autonómico la técnica estatal de las *Leyes Orgánicas* y que, si bien es cierto que el citado precepto estatutario reserva dicho *quórum* especial sólo a la normación del himno y escudo oficiales, no resulta conforme a la seguridad jurídica introducir en un mismo texto legal preceptos que requieran distintas mayorías para su aprobación parlamentaria.

Si, no obstante -concluíamos-, se considera preferible la tramitación de una

Ley en materia de Honores y distinciones, convendría añadir a su texto una Disposición Adicional que diera cobertura al Decreto de precedencias y protocolo que ahora nos ocupa.

Octavo

Crterios de ordenación de precedencias

El Proyecto establece la ordenación de precedencias en actos oficiales en su art. 3.1 pero ni la Memoria ni la Exposición de Motivos explican los criterios en que se fundamenta la concreta ordenación adoptada, lo que induce a pensar que se ha limitado a transcribir, con algunas lógicas adaptaciones a La Rioja, el orden instaurado en otras Comunidades Autónomas, algunas de las cuales son citadas expresamente en el expediente.

No es fácil concretar los criterios que deben inspirar una adecuada ordenación de autoridades en los actos oficiales que celebre en La Rioja el Gobierno o la Administración Pública regionales (únicos- insistimos- a los que puede referirse el Proyecto) pues hay que reconocer que éstos pueden ser variados (la elección, la jerarquía, la competencia, etc.) y, en ocasiones, contradictorios entre sí, debiendo añadir siempre ciertos factores de corrección procedentes de la aplicabilidad de otros criterios complementarios y la existencia de antiguas costumbres y tradiciones que -hay que advertirlo- no siempre son conformes a los valores constitucionales y estatutarios.

Pero esa dificultad general no debe impedir señalar en la referida Memoria, en la Exposición de Motivos -o incluso en la Instrucción que antes

sugeríamos- cuáles han sido concretamente los elegidos ya que de la lectura del orden prelativo del art. 3 del Proyecto no se coligen con la claridad deseable.

El Proyecto únicamente trasluce un criterio de ordenación complementario cual puede ser el respeto a las características propias de la *institución* organizadora del acto y a la propia naturaleza del *acto* de que se trate. A esas circunstancias parece referirse la expresión "*su naturaleza específica*" que luce al final del art. 6.1 (una expresión que, si no fuera por que la Comunidad Autónoma carece de toda competencia para dictar este precepto -en cuanto que se refiere a actos sociales-, habría que estimar conceptualmente acertada, salvo la imprecisión terminológica que en la misma introduce la partícula "*su*" que, como decimos, hay que entender aplicable tanto al *acto* como a la *institución* que lo organiza).

El Proyecto, pues, no alude -como sí hace, sin embargo, el Reglamento estatal de ordenación general de precedencias, cfr. arts. 5 y 6- a las exigencias especiales que, por tradición u otros motivos, puedan hacer aconsejable la introducción de ciertos criterios protocolarios especiales en la ordenación de las precedencias de los actos oficiales en función de la naturaleza peculiar de la institución organizadora o del acto oficial de que se trate, por más que únicamente puede referirse a instituciones del Gobierno o la Administración Pública regionales y a actos oficiales que los mismos celebren, por supuesto, en La Rioja.

En todo caso, aunque se mejorase la redacción del Proyecto, la introducción de ese criterio de flexibilización no

hace sino confirmar la complejidad práctica, el casuismo y la relatividad de esta materia que se resiste a una plena juridificación, puesto que, de cuanto venimos señalando, se desprende que los responsables de protocolo de la Comunidad Autónoma, no sólo deberán acudir a la ordenación general de precedencias del Estado para *intercalar* en los actos oficiales autonómicos a las autoridades estatales con las autonómicas, sin alterar el *orden relativo de prelación interna* de ninguno de ambos grupos de autoridades, sino que también deberán *intercalar* a las personas o autoridades que así lo requieran en función de las peculiaridades protocolarias que se deriven de la naturaleza del concreto órgano del Gobierno o la Administración que organice el acto y del propio acto de que se trate.

Noveno

Otras observaciones al texto del Proyecto

- **Artículo 2.1, párrafo tercero, al final**, en cuanto se remite al Anexo que contiene el orden prelativo de las Consejerías, incurre en cierta confusión ya que dicho anexo se refiere a las Consejerías como órganos complejos, mientras que el precepto que comentamos alude más bien a sus órganos unipersonales de representación, lo que parece limitar la referencia a los Consejeros. La remisión al Anexo citado parece, por lo demás, innecesaria toda vez que los expresados Consejeros están ya incluidos en el art. 3 a que expresamente se refiere el precepto.

- **Artículo 3.2 , al final**, donde dice “reguladas”, debe decir “contempladas”, ya que este Proyecto no regula las distinciones a que se refiere. Este error

posiblemente derive de la época en que se pensó en redactar un texto conjunto que comprendiese también los honores y distinciones de La Rioja.

- **Artículo 7** recoge adecuadamente la prelación de autoridades determinada por el Derecho consuetudinario en los casos de *sustitución y delegación*, precisamente por ello no se comprende la disfuncional norma contenida **al final de su número 3**, cuando se determina para el delegado presidencial una prelación superior a la que por su cargo le corresponda cuando concorra a un acto con autoridades de rango personal superior al suyo.

La delegación no debe hacerse nunca en una autoridad de rango inferior a la del asistente que lo tenga mayor por la sencilla razón de que ello no sólo supone una grave desconsideración protocolaria en el ámbito meramente social en la que no debe incurrir la presidencia autonómica, sino también una infracción de las normas jurídicas que instituyeron la prelación correspondiente a dicho asistente de mayor categoría en la que debe incurrir la norma reglamentaria que nos ocupa.

- **Artículo 11**. Donde dice “al Protocolo del Gobierno de La Rioja”, debe decir, “a los órganos encargados del protocolo del Gobierno...”, con objeto de adoptar una redacción objetiva.

CONCLUSIONES

Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja carece de toda competencia para la ordenación y gestión del protocolo, presidencia y precedencias de los actos sociales.

Segunda

La Comunidad Autónoma de La Rioja carece de toda competencia para la ordenación y gestión del protocolo, presidencia y precedencias de los actos oficiales que el Estado central organice en La Rioja o para alterar en los que ella organice el orden de prelación relativo interno establecido por el Estado para aquellas de sus autoridades que sean invitadas a los mismos en concepto de tales.

Tercera

La Comunidad Autónoma de La Rioja sólo tiene competencia para regular mediante una norma con rango de reglamento y para gestionar mediante sus propios servicios el protocolo, presidencia y prelación de sus propias autoridades e instituciones en actos oficiales que el Gobierno o la Administración Pública regionales organicen en La Rioja para cualesquiera finalidades incluidas entre las competencias o intereses propios de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Cuarta

La ordenación y gestión del protocolo, presidencia y precedencias en cualesquiera otros actos oficiales que se celebren en La Rioja por autoridades o instituciones incluidas en la Comunidad Autónoma de La Rioja en sentido global y distintas del Gobierno y la Administración Pública regionales, corresponde a la concreta autoridad o entidad organizadora de los mismos, sobre todo cuando la misma goce de autonomía orgánica y funcional reconocida por el bloque de la constitucionalidad (como es el caso del Parlamento riojano, del Consejo Consultivo, de la Uni-

versidad o de las Entidades locales de La Rioja) o por las leyes (como es el caso del Consejo Económico y Social de La Rioja).

Quinta

Con base en estos criterios, son contrarios al orden de distribución de competencias establecido por el bloque de la constitucionalidad y, por tanto, inconstitucionales y contrarios al Estatuto de Autonomía de La Rioja, los arts. 1, 2, 3.2, 5, 6, 8, 9 y 11 del Proyecto en la forma en que actualmente están redactados

Sexta

Tales preceptos sólo resultarían conformes al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias si el Proyecto de Reglamento se ciñe a los actos celebrados en La Rioja por autoridades u órganos del Gobierno y la Administración Pública regionales con cualquier finalidad incluida en su ámbito de intereses o competencias, pues sólo en ellos tiene el Gobierno de La Rioja potestad de auto-organización para ordenar por norma reglamentaria la prelación de sus propias autoridades y para gestionar por sus propios servicios el orden protocolario de colocación de las autoridades que asistan como invitados a los mismos con arreglo al orden prelativo interno que corresponda.

Séptima

Por lo demás, se sugiere introducir en el Proyecto las refundiciones, justificaciones, modificaciones, observaciones y sugerencias que hemos efectuado en el cuerpo del presente dictamen”

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

Dictamen 536/2003, de 25 de agosto.

Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por don T.T.V., en nombre de la Cofradía de Pescadores y Mariscadores de A Coruña, por la disminución de ingresos de los socios al no haberse efectuado las obras de saneamiento de las aguas residuales urbanas en la ría de O Burgo.

“...Tercera.-

En efecto, sin perjuicio de lo que se dirá sobre los criterios decisorios consignados en la propuesta de resolución y abordando, a mayores, las cuestiones ya propias del fondo de la reclamación, su estudio debe partir de una adecuada inteligencia de la previsión recogida en el artículo 45 de la Constitución española, que reconoce a todos el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo; encomendando a los poderes públicos el cuidado de la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; y finalmente, contemplando la imposición por ley de sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, para aquellos que violen las previsiones anteriores.

Aun admitiendo que el precepto tiene valor normativo y vinculante, en cuanto que manifestación del reconocimiento constitucional de la garantía de la calidad de vida en su manifestación

ambiental, y que no se trata de un mero recurso teórico o del empleo, trivial, en el lenguaje jurídico de categorías ecológicas metajurídicas, no se pueden desconocer las dificultades técnicas de un eventual derecho fundamental al medio ambiente.

Estas dificultades surgen, por una parte, porque la noción de medio ambiente no tiene, de por sí, una significación prescriptiva sino descriptiva, por lo que opera como una dimensión axiológica y finalista; por otra parte, tales dificultades técnicas derivan del asentamiento sistemático del artículo 45.1 CE, integrado en el capítulo II del título primero, referido a “los principios rectores...”, con la consecuencia de la aplicación del artículo 53.3, fuera consiguientemente, del capítulo II de aquélla.

La construcción de una pretensión sustentadora de una pretendida indemnización por responsabilidad patrimonial, en el trance de evitar una formulación voluntarista, especulativa y arbitraria, requiere tener en cuenta estas dificultades inherentes, sin apartarse del ámbito técnico jurídico, aspecto éste que se antepone a la lógi-

ca verificación de la concurrencia de los presupuestos técnicos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, pues tal es la naturaleza de la pretensión ejercida en el presente expediente.

Lo precedentemente dicho muestra una relevante trascendencia puesto que el reproche que se contiene en la pretensión, simplificada y formulado, consiste en que la demora en la ejecución de una obra pública de canalización, depuración y vertido de desechos urbanos e industriales, constituye una situación de omisión o inactividad que lesiona aprovechamientos de recursos previamente patrimonializados por los reclamantes y merece en consecuencia una compensación por tratarse de un perjuicio o lesión antijurídicos.

No debe olvidarse que el precepto constitucional, además de imponer a todos el deber de conservación ambiental, atribuye a los poderes públicos, ciertamente, una potestad de intervención, pero con la importante connotación de la confluencia de la “indispensable solidaridad colectiva”. Ello obliga a estimar que resulta arbitrariamente construido el argumento de que los ciudadanos sólo son víctimas de las circunstancias de degradación ambiental, con eventuales consecuencias nocivas -como externalidad negativa- en las actividades de explotación económica propias o de terceros, y pueden partir en el ejercicio de sus pretensiones de una afirmación de su personal “inocencia histórica” como eventuales sujetos activos; tal actitud constituye, en supuestos como el que nos ocupa, una falacia, que ciertamente no se da cuando se está en presencia de actitudes individualizadas de agresión al medio ambiente.

Deben, pues, diferenciarse supuestos de daños causados al ambiente como bien de titularidad colectiva que podrían estimarse, en su totalidad o al menos en su mayor parte, como derivados de una situación inherente al riesgo de desarrollo, más intenso desde luego en zonas urbanas o periurbanas de alta aglomeración demográfica, y aquellos otros que sufren concretos particulares en sus personas o bienes y causados por conductas de agresión singularmente apreciables, caso éste en el que media una actividad humana antijurídica y culpable.

En este tipo de supuestos, el particular proceso de contaminación, por sinergia, y su incidencia en la construcción del eventual nexo de causalidad que explicita el origen del daño, motivan la necesidad de abandonar el mecanismo clásico de la responsabilidad civil, al ser imposible identificar al responsable de entre las distintas fuentes difusas de contaminación, debiendo acudir, cuando exista un daño efectivo que resarcir, a fórmulas sustitutivas a través de los denominados sistemas de indemnización colectiva (seguros, fondos de indemnización...), que en sus esquemas de funcionamiento encuentran mejor acogida a las legítimas pretensiones resarcitorias de las eventuales víctimas de un daño progresivo al medio ambiente, por resultar más flexibles que los que condicionan el instituto de la responsabilidad patrimonial, construido sobre rígidas categorías jurídicas concebidas para dar respuesta a situaciones de mayor concreción tanto en la patrimonialización del daño como en su vinculación con un agente generador concreto.

Todo lo dicho adquiere su justificación en las especiales connotaciones, ya aludidas, que muestra el derecho al medio

ambiente, y que frecuentemente se manifiestan, en la doctrina mayoritaria, con la formulación, como elementos inherentes del mencionado derecho, de los llamados principios estructurales que lo califican, uno de ellos el de la solidaridad, así como en los llamados principios funcionales, explícitamente mencionados en el artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea (cuando habla del criterio “quien contamina paga”). En definitiva, en los supuestos, como es el que ahora nos ocupa, en los que el eventual daño no deriva de una o de unas actuaciones singularmente imputables, la resolución del problema ambiental con la restitución de situaciones y aplicación de medidas correctoras, necesariamente implica integrar la economía ambiental en el ciclo de la economía productiva general, de modo que resulte imprescindible abordar procesos de traslación del coste ambiental mediante diversas técnicas, que no son ahora del caso, a la pluralidad de sujetos que guardan relación activa y a la vez pasivamente con las situaciones consideradas.

Cuarta.-

Por otra parte, dados los términos de la propuesta de resolución formulada, el examen de la cuestión suscitada en el presente expediente debe partir de la consideración de la postura adoptada por la Administración, defendiendo la desestimación de la reclamación con base en dos argumentos fundamentales: la ausencia de evaluación del daño y, en segundo lugar, su derivación eventual de una actividad administrativa que escapa de las competencias del organismo autónomo Aguas de Galicia.

En lo tocante a este segundo aspecto -*prius* lógico de todo examen posterior

sobre la realidad y efectividad del daño- procede indicar que, en efecto, la pretensión de los reclamantes resulta selectivamente arbitraria en punto al reproche a la Administración interpelada. En este sentido, no está argumentada ni demostrada en Derecho la razón o fundamento legal en virtud del cual la Administración a la que se dirige la reclamación tenga la competencia o potestad de control o directiva en el conjunto de las competencias concurrentes que pudieran guardar relación con la ejecución de las obras públicas en cuestión.

En efecto, la imputabilidad, en materia de responsabilidad patrimonial, resulta ser un presupuesto técnico de rigurosa verificación inexcusable. A la vista de los criterios de imputación habitualmente admitidos en derecho, ni desde el punto de vista organizatorio ni desde el punto de vista decisorio puede apreciarse la corrección de la pretensión, tal y como se encuentra ejercida, puesto que en el expediente consta la mención expresa de la Ley 22/1997, de 8 de julio, en relación con los demás preceptos aplicables, lo que permite concluir en la improcedencia de dicha imputación, cuyo destinatario debiera de ser otra Administración que es la que asume la función predominante y directiva en el conjunto de las administraciones ciertamente concurrentes.

Prescinde la reclamación, y resulta absolutamente determinante, del hecho de que, conforme a dicha ley, las obras de depuración de la ciudad de A Coruña están declaradas de interés general, expresamente recogidas en esa disposición de modo que resulta evidente que, sin perjuicio de la imprescindible colaboración de las distintas administraciones públicas impli-

cadras, y entre ellas la Administración autonómica, el protagonismo decisor para la iniciación de las obras, previa constatación de la disponibilidad de medios de toda índole precisos, resulta atribuible a la Administración estatal. Por lo que, como ya hemos dicho, la imputación a la Administración autonómica resulta artificiosa y arbitrariamente selectiva, y en todo caso disconforme con los criterios de imputabilidad antes mencionados.

Debe tenerse en cuenta, en particular, que la obra cuya inejecución habría causado el daño según el reclamante, no es un proyecto aislado y singular, que involucre exclusiva o, siquiera, principalmente a la Administración autonómica, sino que forma parte de un proyecto a gran escala, integrante del Plan General adoptado por el Consejo de Ministros de 17.2.95 (publicado el 28.4.95), derivado del replanteamiento operado en el seno de la Unión Europea en materia de política medioambiental, afrontada ahora desde una perspectiva distinta, con la habilitación de fórmulas de actuación integrales, plasmada ya en textos internos como la Ley 10/1998, de residuos.

Por el motivo que ha quedado expuesto es procedente la desestimación de la reclamación presentada, sin perjuicio de poder dar traslado de lo actuado a la Administración competente para la tramitación del expediente, siempre que así se solicite por el reclamante.

Quinta.-

Finalmente, resta por indicar que tampoco concurren, a la vista de la reclamación y de la sumaria instrucción realizada, los demás elementos de apreciación inexcusable, presupuestos de la

responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, conforme a los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

En efecto, no hay una situación de daño antijurídico en el reproche realizado, ni se han concretado los perjuicios, aunque no puede dejar de reconocerse que la situación ambiental de las aguas de la ría de O Burgo requieren una urgente solución, previa consideración de los aspectos técnicos necesarios, y desde luego no se puede erigir en modelo de corrección ambiental. Sucede, sin embargo, en esta materia, por las connotaciones jurídicas antes reseñadas del valor “medio ambiente y calidad de vida”, que no es admisible en derecho ni sostenible la comparación con una situación óptima, pues haciendo gracia de los riesgos del desarrollo, para invocar una inexistente “patrimonialización” de una asignación de recursos, ni siquiera mediando un título jurídico singular cual es una concesión de explotación de recursos marisqueros. Tal construcción resulta una simplificación a ultranza que se ve contradicha por la razonabilidad y no puede servir de reproche y fundamento para el ejercicio de un instituto como el de la responsabilidad.

La cofradía reclamante aporta diversas resoluciones que acreditan la titularidad de diversas concesiones de explotación marisquera; al respecto, resulta determinante que, en la situación histórica en la que dichas concesiones fueron solicitadas, no era abstrable y prescindible una racional estimación, para cualquier sujeto jurídico, de las circunstancias, ciertamente comprometedoras de las expectativas de producción, derivadas de la situación en la intermediación de una aglomeración urbana.

No puede, pues, apreciarse una quiebra de la confianza legítima generada por la emanación del Real decreto ley de 1995, resultando absolutamente artificioso, como por lo demás se referencia en la propuesta de resolución, concebir la conclusión de que la ejecución de las obras en cuestión va a tener un inmediato efecto taumatúrgico en lo tocante al incremento de la productividad de las concesiones en cuestión.

CONCLUSION

Por todo lo anteriormente expuesto el Pleno del Consejo Consultivo de Galicia, por unanimidad de sus miembros dictamina:

“Que informa favorablemente la propuesta de resolución a la que el presente expediente se refiere”.

Dictamen 793/2003, de 3 de diciembre.

Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por doña C. N. C. M., por el nacimiento de su hija con síndrome de Down, después de haberle sido realizada una amniocentesis durante el embarazo.

“... Tercera.-

Por lo que concierne a los aspectos propios del presente expediente, como ya se ha indicado en los antecedentes, los reclamantes solicitan la indemnización de los daños derivados de los gastos por cuidados especiales que precisa su hija, así como los daños morales de ésta y de aquellos. De cara a la cumplimentación de las atribuciones correspondientes a este Consejo, ex artículo 12 del RD 429/1993, demoraremos para más adelante la determinación de la eventual existencia de lesión anti-jurídica y, en su caso, la fijación de su puntual alcance, procediendo ahora a analizar el origen de los daños que han motivado la reclamación y, en particular, determinar si aquellos se residencia en el seno del servicio público sanitario como los accionantes alegan.

A estos efectos procede comenzar sentando la existencia incontrovertida de

un error de diagnóstico, pues la amniocentesis realizada fue informada con la indicación de “cariotipo que presenta una población celular uniforme de 46 cromosomas, de morfología normal, de sexo femenino. Fórmula cromosómica: 46 xx”, criterio después contradicho por la realidad de los hechos, al comprobarse a las pocas horas del nacimiento de la niña que padecía el síndrome de Down.

La objetivación de un error de diagnóstico en el proceso asistencial lleva consigo una importante consecuencia jurídica en el campo procedimental, al trasladar sobre la Administración la carga de que el error era inevitable o imprevisible, habiendo acaecido a pesar de la escrupulosa observación de la *lex artis ad hoc* por los facultativos actuantes. Tal es el criterio defendido por este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, por todos el CCG 140/03, donde ya se decía que en los

casos de error de diagnóstico, por contraposición a los de diagnóstico insuficiente, es razonable exigir a la Administración la prueba de que el personal sanitario obró diligentemente en la procura de la etiología del mal que pudiera padecer un usuario del servicio público sanitario, operando, por lo tanto, una inversión de la carga de la prueba que rinde tributo a un elemental principio de justicia y equidad, por cuanto la existencia de un daño y la ausencia de un diagnóstico previo de la dolencia que lo ha generado llevan consigo la presunción de la existencia de un error de valoración, presunción que exige que la Administración realice una actividad probatoria encaminada a advenir que la falta de diagnóstico de un determinado mal obedeció a circunstancias insalvables y extrañas al funcionamiento del servicio público sanitario, aproximándose de esta manera ese *onus probandi* al terreno en el que se cuenta con medios para una más fácil superación de tal obstáculo.

La excepción a la regla general sobre la carga de la prueba da la que se acaba de hacer referencia tendría a su vez una contraexcepción en el caso de que el error viniese determinado por la actualización de un riesgo típico calificado como tal por la ciencia médica y previamente informado al paciente, supuesto en el que la aplicación de la *lex artis* no cede, pues el consentimiento informado no es una patente de corso para los facultativos, pero sí obliga al accionante a demostrar que, pese a haberse tratado de un error derivado de un riesgo típico, su materialización obedeció a la vulneración de dicha *lex artis*, observación ésta de gran incidencia en el presente caso, pues la Administración defiende la desestimación de la reclamación sobre

la base de la existencia de un documento de consentimiento informado en el que se advierte a la paciente de la falibilidad de la prueba diagnóstica de amniocentesis.

Sin embargo, analizando la documentación obrante en el expediente, se observa una insuficiente actividad probatoria por parte de la Administración en orden a la justificación de la corrección de la asistencia sanitaria a pesar del error de diagnóstico, al existir una causa de justificación documentada en el consentimiento informado. Esta deficiencia viene dada, en buena parte, por la ausencia de un adecuado contraste entre la información facilitada a la interesada antes de someterse a la amniocentesis, y la conclusión, vaga e imprecisa, sobre el motivo del error padecido, de manera que la absoluta desconexión entre las dos realidades, que no fueron sometidas a un juicio crítico conjunto, impide conocer en cuál de las diferentes hipótesis de fallo de la prueba diagnóstica recogidas en dicho documento, sería encuadrable, de serlo, la circunstancia que impidió encontrar un diagnóstico certero en el caso que se analiza.

Antes bien, la propia reacción de la Administración sanitaria inmediata al conocimiento del error, aporta indicios contrarios a la tesis sostenida en la propuesta de resolución, apuntando hacia una posible anormalidad en la realización de la determinación analítica, pues, como se ha dicho, los representantes del complejo hospitalario acordaron proponer al órgano de contratación la suspensión cautelar del contrato firmado con el laboratorio que realizaba aquellas determinaciones - bien que no consta si finalmente se adoptó esa medida- reacción que no se

entendería si el error -reconocido por el propio laboratorio en el acta firmada- hubiera obedecido a la materialización ordinaria de alguno de los riesgos eventualmente determinantes del fracaso del diagnóstico recogidos en el documento del consentimiento informado. Por lo tanto, en este caso, a la hora de decidir si se utilizaron la totalidad de medios diagnósticos posible y adecuadamente, concurre la muy importante variante de que tanto por la Administración como por el laboratorio externo contratado se admite la existencia de un error en la valoración de la muestra remitida; y, en tal sentido, tenemos que resaltar que el documento en el que tal expresión consta (acta de suspensión cautelar del contrato, suscrita por el laboratorio y el hospital) no autoriza a estimar que tal concepto, el del error, sea utilizado en términos vulgares sino, por el contrario, en los que jurídicamente autorizan una medida excepcional como la acordada.

Es evidente que, en este estado de cosas, se reconoce abiertamente que los medios de diagnóstico utilizados, aun siendo los adecuados, no se utilizaron correctamente, lo que llevó a un juicio diagnóstico erróneo sobre el feto y al suministro de una deficiente información a la madre quien, de este modo, no tuvo oportunidad alguna de valorar la posibilidad de acogerse a las indicaciones terapéuticas del aborto.

Injustificada, como ha quedado a lo largo de lo actuado, la pretendida exoneración de responsabilidad por lo inexcusable del error, no es invocable la doctrina sentada en relación con el error de diagnóstico por el Consejo de Estado (dictamen del Consejo de Estado núm. 3.759/2000, de 25 de enero de 2001), seguida también por este Con-

sejo Consultivo (entre otros, dictamen CCG 564/01), y derivada de la ya anteriormente expuesta, según la cual *“ni el defectuoso diagnóstico ni el error médico son por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes de diagnóstico y se efectuó con la debida diligencia”*, porque tal prueba no existió. Antes bien, la aparición del error cristaliza como una consecuencia derivada de un caso fortuito, pues siendo innegable y obvia la interioridad del error en relación con el servicio público -hay un error reconocido en la diagnosis-, su origen es desconocido, y no se ha justificado, como ya se ha dicho, la causa que motivó su aparición, por lo que concurren dos circunstancias -interioridad e indeterminación- que naturalizan el caso fortuito según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 13.3.03), supuesto que, a diferencia del que ocurre en los sistema subjetivistas de responsabilidad, no exonera a la Administración de la obligación de resarcimiento.

Cuarta.-

Apreciada la existencia de un error de diagnóstico no excusable, queda por concretar si tal error ha producido un daño y, en ese caso, determinar el alcance de éste.

A tal efecto, procede diferenciar las diversas pretensiones ejercitadas por los accionantes en su reclamación, en la que, como se ha dicho, solicitan la indemnización de los daños derivados de los gastos por cuidados especiales que su hija precisa como afectada por el síndrome de Down, así como los daños morales de padres e hija derivados de tal circunstancia.

Una primera hipótesis hermenéutica sería la de entender que con un error de diagnóstico se ha provocado el nacimiento de un hijo no deseado, el *wrongful-birth* de la doctrina americana, pero nuestra doctrina civil mayoritaria, apoyada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 4.2.99, entiende que el nacimiento de un hijo en cualquier circunstancia, no constituye *per se* un daño, y si lo fuese, los progenitores tendrían el deber de soportarlo a tenor de lo dispuesto en el artículo 154.1 del Código Civil.

En segundo lugar, cabe residenciar el eventual daño en una privación del derecho a abortar, pero tal hipótesis se encuentra con obstáculos infranqueables porque, al margen de la difícil construcción de tal derecho -en tanto el aborto es una conducta penada en el Código Penal, aunque en circunstancias determinadas, la ley, atendiendo a diversas razones, despenaliza determinados tipos de supuestos abortivos-, resulta sumamente difícil demostrar su efectividad, esto es, demostrar que, de haber conocido el resultado adverso de la prueba diagnóstica, se habría tomado la decisión de abortar, opción que, por lo tanto, no pasa de ser una hipótesis -como ha indicado en un caso próximo al presente el Tribunal Supremo, STS de 4.2.99, ya referida-, a pesar de suponer su efectividad un condicionante esencial para que el daño sea real.

Aparece así, en tercer lugar, una tesis más restrictiva, que localiza la pretensión resarcitoria en la lesión de una oportunidad de la que se ha visto privada la víctima del daño, que perdió, así, la posibilidad de tomar una decisión sobre la valoración de una circunstancia que no pudo ser conocida

por causa del error de diagnóstico. A esta teoría de la pérdida de oportunidad ya ha acudido en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (entre otros, CCG 140/03) y, en esencia, supone una modalización importante de las pretensiones ejercidas en el caso de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, en las que se solicita una indemnización por los resultados omnicomprendidos de una determinada consecuencia lesiva que se entiende derivada de una determinada asistencia sanitaria, sin que resulte demostrada la efectiva vinculación de esa lesión con el funcionamiento del servicio público, al ser posible que, en hipótesis, tal consecuencia se hubiera materializado a pesar de no haber mediado la actuación administrativa a la que se imputa el daño, por lo que la lesión no habría estado en la consecuencia misma, sino en la pérdida de oportunidad de evitarla. Esta teoría, además, tiene especial relevancia en el campo de las pruebas diagnósticas, como es el caso, pues el diagnóstico, en sí mismo no es nunca la causa directa del resultado, estando vinculado inmediatamente con la sola posibilidad de pautar las correspondientes medidas terapéuticas para el restablecimiento o mejora de la salud del paciente, cuando ello es posible.

Sistematizadas las hipótesis integrales en la pretensión, se puede afirmar que no existe un derecho al aborto ni tampoco una obligación de acogerse a alguno de los supuestos legales que lo permiten en el caso de obtener previamente un diagnóstico del feto que así lo permitiera. Lo que sí existe es la posibilidad, por parte de la madre, incluso de los padres, de ejercer el derecho a acogerse a una indicación terapéutica en ese caso, para lo que es preciso, cuando ésta se refiere al feto,

una completa y previa información sobre su estado. De esta manera, la prueba de la amniocentesis practicada a la reclamante se revela como esencial para conformar su decisión. Por ello, no podemos compartir la postura de la propuesta de resolución en el sentido de que dicha decisión debiera haber figurado ya en el consentimiento informado, puesto que su naturaleza impone que se tome en el instante preciso en que los datos que la componen se hayan obtenido. Lo que sí debemos considerar relevante es la práctica, en sí misma, de la prueba diagnóstica, pues si la madre, que ya tenía dos hijos de partos anteriores, vista su edad (35 años), decide someterse a esta prueba conociendo los riesgos que tanto para el feto como para ella comportaba, no parece exagerado concluir que tal decisión viene regida al considerar, a partir de un juicio diagnóstico sobre cualquier información, la posibilidad de acogerse a las indicaciones terapéuticas del aborto.

Así pues, el daño producido, de concurrir, no será ni la pérdida de calidad de vida de los padres o del niño (producto de una enfermedad, el síndrome de Down, ajena al diagnóstico y al resto de la actividad sanitaria). Tampoco a la pérdida del derecho a abortar que, reiteramos, no existe, como tal, en nuestro ordenamiento jurídico, sino a la pérdida de oportunidad por parte de la madre de decidir acogerse a alguno de los supuestos legales que permiten el aborto por indicaciones terapéuticas, excluyendo así la responsabilidad penal.

A la hora de fijar el importe de la indemnización hay que tener en cuenta que, en los casos de pérdida de oportunidad, los daños padecidos repercuten

en la esfera de autodeterminación de los particulares, y tienen, por tanto, una marcada naturaleza espiritual y no física, por lo que su materialización, como ha quedado apuntado, no se puede identificar con el resultado final del proceso fáctico en el que ha mediado la intervención sanitaria -en este caso, el embarazo que desembocó en el nacimiento de una niña con síndrome de Down- aunque sí es necesario que aquel proceso, patológico o no como ocurre en el presente caso de embarazo- termina en un resultado lesivo para el particular, de manera que la existencia de esta consecuencia lesiva -no imputable, como tal, al funcionamiento del servicio- sí condiciona, sin embargo, la aparición de aquel daño moral, pues, en ausencia de lesión física o material, el coste derivado de la pérdida de oportunidad no haría surgir tal tipo de daño, al no ser representable, en hipótesis, un resultado final del proceso asistencial que, hurtado por la pérdida de oportunidad, fuera más favorable que el materializado en la práctica.

Tratándose el presente de un daño moral, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha sentenciado recientemente, STS de 25.7.03, que no necesita de especiales acreditaciones, ya que carece de módulos o parámetros objetivos y ha de presumirse como cierto, debiendo valorarse en una cifra razonable al prudente arbitrio de la Sala, a fin de que su reparación sea integral.

Pues bien, atendiendo a estos criterios doctrinales, y considerando anteriores pronunciamientos de este Consejo Consultivo, consideramos prudente y equitativo reconocer a los reclamantes una indemnización de 36.000 euros.

CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sección Primera del Consejo Consultivo de Galicia, por unanimidad de todos sus miembros dictamina:

“Que informa desfavorablemente la propuesta de resolución a la que el presente expediente se refiere, procediendo indemnizar a los reclamantes en la cuantía de 36.000 euros”.

Dictamen 210/2004, de 19 de mayo

Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por doña M. G. N., por la muerte de una oveja y desaparición de otras dos provocadas por el lobo.

“...Cuarta.-

Así delimitados los presupuestos en los que descansa el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración y constatada la realidad de los hechos que han motivado la reclamación, es preciso hacer evaluación de los términos en los que eventualmente se le podría atribuir a la Administración autonómica la responsabilidad patrimonial que, como sujeto imputado, de ella predica el reclamante.

Como ya se ha dicho en el dictamen de este Consejo Consultivo núm. 25/00, siendo lobos (*canis lupus*) los animales causantes de los daños, éstos constituyen una especie de animales salvajes que normalmente vagan en libertad total y no están, por eso, bajo el control y vigilancia de nadie, produciendo continuamente daños a la ganadería y agricultura.

Es por eso por lo que la lucha contra esta especie animal ha sido una constante histórica, permitiéndose y fomentándose incluso su eliminación durante todo el año y en cualquier

terreno, con independencia de su consideración cinegética, con autorización de empleo de venenos de forma sistemática hacia su eliminación.

Se inicia, sin embargo, un cambio de orientación, de lo que después se hará mención, con la ratificación por España del convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa de 1979 y que entró en vigor en España el 1.09.86, pretendiéndose ahora la conservación y fomento de la reproducción de determinadas especies mediante su declaración como especies protegidas, para evitar su total desaparición.

Se percibe, así, un claro cambio de estrategia en la legislación española, por cuanto, a partir de la ratificación de dicho instrumento internacional, se impone a la Administración medioambiental una obligación legal de conservación y mantenimiento de la fauna salvaje, de la que surgen listas de esta clase de animales en las que se especifican las especies salvajes de caza prohibida, las de caza conjuntamente limitada y las de caza libre, situándose

el lobo en la segunda de esas listas en cuanto susceptible de ser cazado, si bien bajo autorización administrativa previa.

Quinta.-

En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de la responsabilidad indemnizatoria por los daños causados por los animales salvajes -y por el lobo en particular- en las propiedades ajenas, es preciso citar que, aparte las medidas de conservación de las especies que pueden ser adoptadas por la Administración medioambiental (a las que se refiere la más reciente legislación de conservación de la naturaleza, a la que después se hará referencia) el lobo, como animal dañino por excelencia, tiene en la legislación de caza la consideración de especie salvaje y, por consiguiente, susceptible de aprovechamiento cinegético bajo determinadas condiciones limitativas, lo que obliga a decidirse sobre el tipo de responsabilidad patrimonial que se genera, de acuerdo con esa misma legislación, en orden a la reparación de los perjuicios que puedan ocasionar en personas, bienes o animales domésticos de propiedad privada.

Es preciso decir, a este respecto, que la responsabilidad por los daños producidos por piezas de caza en general -que lo fueron tradicionalmente todos los animales en estado salvaje- ha recaído sobre los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y subsidiariamente sobre los propietarios de los terrenos de los que procedían esos animales, a los que les era exigible esa responsabilidad bajo la forma prescripta por la legislación civil; de modo que esa responsabilidad se podría imputar a los propietarios privados de cotos o a la Administración titular de espacios de

aprovechamientos cinegéticos comunes o de reservas de caza, según que el animal dañino hubiese provenido de unos u otros terrenos, en aplicación del criterio que considera la caza como *fructus fundi*. De este modo, la responsabilidad indemnizatoria debería ser asumida por la Administración tan sólo en el caso de que se evidencie que los daños hayan sido ocasionados por piezas procedentes de terrenos de titularidad y gestión pública.

Este es el criterio secundado por la vigente Ley gallega 4/1997, de 25 de junio, de caza de Galicia, la cual, en su artículo 23, regula la indemnización por daños que produzcan las especies cinegéticas, distinguiendo dos sujetos imputables:

- Por un lado, los titulares de los aprovechamientos cinegéticos en terrenos sujetos a régimen especial, respecto de los que se indica que esos titulares serán directamente responsables de los daños/lesiones ocasionados por especies cinegéticas procedentes de esos terrenos.

- Y por otro lado, la Consellería de Medio Ambiente (por sucesión en las competencias de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes) que indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas procedentes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los Tecor autonómicos, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquier otro terreno en el que la administración y gestión le correspondan a esta consellería.

A este respecto, podría aún manejarse, argumentalmente, el criterio de que la

actuación dañina de los animales salvajes (como el lobo) sobre las propiedades privadas de los agricultores o ganaderos (evidenciada en cultivos, árboles, ganado, etc.) resulta identificable con un supuesto asimilado, en cierto modo, a la fuerza mayor, por la imprevisibilidad del tránsito e incluso la irrupción repentina y de las reacciones y conductas depredadoras y lesivas de un tipo de animales que adoptan vagar libremente por todo tipo de espacios; circunstancia que, en cuanto tal, habría de considerarse excluyente o exonerante de responsabilidad indemnizatoria en todo caso para el titular de los terrenos de procedencia de esos animales. Pero aquí no puede jugar dicho criterio -que daría lugar, como mucho, al reconocimiento de una fuerza mayor analógica-, por cuanto, aparte del deber general de conservación de especies salvajes, no se puede hablar de una imprevisibilidad absoluta, en la medida en que pueden adoptarse medidas o técnicas diversas de prevención, aunque sea ciertamente difícil evitar los daños que pueden ser causados por los mismos.

Sexta.-

Analizados ya por separado los dos aspectos capitales del deber público de conservación de las especies salvajes y de la responsabilidad por los daños causados por los mismos (imputable, en un principio, a los propietarios de los fondos de procedencia de esos animales en cuanto *fructus fundi*), habrá ahora que precisar si el hecho de que la no intervención de la Administración sobre la actitud cinegética de los propietarios de vedados se haya cambiado por una decidida actitud intervencionista, basada en el deber legal de conservación y fomento de las especies cinegéticas, habilitante para que esa

Administración pueda delimitar épocas de veda o imponga medidas singulares de conservación de las especies, entre ellas del lobo, puede alterar el régimen de responsabilidad por daños causados por la caza en relación con la orientación ofrecida por el Código Civil de 1889 y previamente por la Ley de caza de 1879.

Frente a la tesis deducida directamente de la interpretación del artículo 23 de la Ley de caza de Galicia, a la que se acaba de hacer mención, no puede oponerse el criterio de que la legislación estatal de conservación y tutela de las especies faunísticas va hacer objeto de su regulación un especial estatus administrativo para las especies salvajes, a las que se sometería a la condición de especies protegidas en todo caso, en el marco de la conservación de la naturaleza como obligación impuesta constitucionalmente a todos los poderes públicos, con la adopción de medidas tendentes a eliminar la posibilidad de su desaparición.

En este punto, se podría partir del hecho de que, si bien las especies de fauna silvestre han venido considerándose tradicionalmente como *res nullius*, carentes de dueño, la nueva legislación, por su clara orientación proteccionista, obligaría a considerarlas como *res communis*, de propiedad del común de los ciudadanos (por cuanto en una norma sectorial de conservación de la naturaleza, no concordada plenamente con la Ley de caza, se impone una exigencia general de especial protección de las especies faunísticas salvajes); de modo que podría propugnarse que sería la Administración la que en todo caso habría de hacer frente a los perjuicios que ocasionen los animales dañinos (como el lobo), por

cuanto esos quedan sustraídos a la libre disposición de los particulares, sean titulares de cotos de caza o simples propietarios privados, y como esa declaración se entiende hecha en beneficio de la comunidad, la responsabilidad por daños ocasionados por esos animales habría de ser afrontada por la Administración, por socialización del riesgo, y hacerse efectiva en los mismos términos que cualquier otra responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento de un servicio público; careciendo de sentido, en esta tesitura, que los particulares tuvieran que soportar en exclusiva los daños inferidos por esas especies dañinas, como si se tratara de una carga social, exonerándose así a los agricultores y ganaderos de hacer frente con sus propios recursos a los daños sufridos por la acción agresora de los lobos.

A este respecto, es preciso apreciar, sin embargo, que el hecho de que la Administración actuante defienda, con esas intervenciones, el interés público que representa la riqueza cinagética, a su vez expresión del deber legal de conservación de las especies faunísticas en aras de una mejor tutela del medio ambiente natural, no la posiciona como sujeto responsable en todo caso de los daños causados por las especies cinagéticas en propiedades privadas, sino que habrá de distinguir, según el criterio de imputabilidad anteriormente apuntado, entre la responsabilidad de los particulares, en cuanto beneficiarios exclusivos de las piezas de caza existentes en sus cotos, que serán responsables únicos de esos daños, y de la Administración, cuando sea titular de algún terreno de reserva faunística o cinagético, hipótesis en la que actuaría como un particular y respondería en cuanto tal, así como en el supuesto de

terrenos libres o de aprovechamiento común.

En este sentido, y para encontrar el asiento normativo de las afirmaciones sentadas, es preciso partir de la previsión establecida en el artículo 43 de la Constitución, que recoge el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo, y añadidamente impone a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales y la defensa y restauración del medio ambiente. Tales principios han sido objeto de recepción legislativa, en lo que a la materia que estamos analizando se refiere, por la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, ley aprobada en ejercicio de las competencias que al Estado reserva el artículo 149.1.23 de la Constitución y que tiene carácter básico en los términos recogidos en su disposición adicional quinta.

Dicho texto encomienda a las administraciones públicas la tarea de velar, en el ámbito de sus competencias, por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales existentes (artículo 2.3). En el título dedicado a la flora y fauna silvestres, la propia ley prevé que las administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la conservación de las especies que viven en estado silvestre en el territorio español y velarán por preservar, mantener y restablecer superficies de suficiente amplitud y diversidad como hábitat para aquellas especies (artículo 26, párrafos 1º y 3º). El párrafo 4º del propio artículo 26 singulariza la preocupación del legislador por la conservación de los recursos faunísticos, al establecer -como mandato diri-

gido no solo a la Administración sino también a toda la ciudadanía en general- la prohibición de dar muerte, dañar, e incluso molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, prohibición que se hace especial para las especies catalogadas a las que se refiere el artículo 29 y que, para las que se encuentran en este supuesto, como es el caso que nos ocupa, se recoge sin perjuicio de la normativa específica en materia de caza.

Pues bien, en la normativa sobre caza -recogida esencialmente y por lo que a nuestra comunidad respecta en la ya citada Ley 4/1997, de caza de Galicia y sus disposiciones de desarrollo- se encomiendan a la Administración, es cierto, una serie de tareas traducidas en competencias administrativas asumidas por la misma en la materia, atribuciones que desembocan en una decidida actividad intervencionista, basada en el deber legal de conservación y fomento de las especies cinegéticas, habilitantes para que esa Administración pueda delimitar épocas de veda o imponga medidas singulares de conservación de las especies.

Ahora bien, la normativa expuesta no permite, en absoluto, llegar a la conclusión de que la ley impone a la Administración el deber de evitar y, en su caso indemnizar los daños producidos por las especies salvajes, como una exigencia derivada de un servicio público -entendido estrictamente en los términos doctrinal y jurisprudencialmente acuñados- a aquella encomendada en relación con la fauna silvestre, antes bien, la ley parte de la evidencia de que dichos daños se van a producir necesariamente como consecuencia de las previsiones que contempla, encaminadas a la protección de las especies,

previsiones que, en cuanto legales, son manifestación de la voluntad popular, y por lo tanto vinculantes para una entidad vicarial cual es la Administración.

Ante dicha evidencia de que las medidas de protección de la fauna silvestre llevan aparejadas una potencial carga lesiva importante, la ley, a la hora de establecer el sujeto responsable de la pertinente indemnización, opta por un criterio de carácter acomodaticio y objetivo, cual es el recogido en el artículo 23 ya citado, y que parte del simple hecho de que la pieza causante del daño proceda de una determinada heredad, de manera que, ahora ya con independencia de la actitud adoptada por el dueño de los terrenos de procedencia de esas piezas de caza, será suficiente con la prueba fidedigna de que se produjo un daño material en una propiedad vecina, y de que las piezas causantes del daño material en una propiedad vecina y cuyas piezas causantes del daño proceden de un determinado coto o terreno cinegético, para que el titular del mismo tenga la obligación legal de reparar el daño.

Tratándose en concreto del lobo, como animal salvaje causante de daños en propiedades ajenas, se han de reproducir las mismas consideraciones: el deber de conservación de la especie, impuesta legalmente a la Administración autonómica, puede manifestarse bajo diversas formas de protección (control de las loberas, señalamiento de épocas de veda, autorizaciones limitadas de caza directa o de batidas, con indicación de número máximo de piezas abatibles, autorizaciones de empleo de medidas extraordinarias de defensa de los propietarios contra los daños que pueden generar el lobo, etc.). Pero la adopción efectiva de cualquiera de esas

medidas no sitúa a la Administración en posición de responsable directa por los daños causados por el lobo, por cuanto su actuación derivará, únicamente y exclusivamente, de su sujeción al deber legal de conservación de la fauna silvestre, lo que no la constituye en gestora de ningún servicio público del que haya de responder por su inadecuado funcionamiento.

Séptima.-

A partir de la precedente diferenciación y a la vista del indicado precepto legal, resulta posible afirmar, por consiguiente, que la responsabilidad que el artículo 23 de la Ley de caza de Galicia les imputa a los titulares de aprovechamientos cinegéticos resulta de aplicación tan sólo por daños ocasionados por piezas de caza procedentes de Tecor privados, cuando se pueda probar la procedencia de los animales causantes de los daños.

Llegados a este punto, habría que delimitar, en relación con el lobo, como especie cinegética no protegida especialmente en el territorio de Galicia (aunque sí en buena parte del territorio del Estado), bajo qué condiciones le puede ser imputada a la Administración autonómica la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por animales de esa especie en propiedades ajenas.

La respuesta a este interrogante no puede ser singularizada respecto del lobo, por cuanto, como ya se ha dicho, constituye una especie no sometida, en Galicia, a una especial tutela en cuanto objeto virtual de aprovechamientos cinegéticos (sí en lo relativo al aspecto particular de especie en peligro de extinción que derivará tan sólo en la

exigencia de autorizaciones especiales, con el fin de controlar su adecuada reproducción). Por eso, se ha de imponer, en la realidad práctica, una consideración legal, generalizable respecto de todos los animales salvajes susceptibles de aprovechamiento cinegético, la de que esa responsabilidad corriera a cargo y por cuenta de aquel que resulte titular del terreno cinegético, privado o común, de procedencia de la especie considerada. Lo que hace reconducir la problemática, de la que se está hablando, a una cuestión de prueba, que la Administración estará obligada en todo caso a promover de oficio, y en especial en la hipótesis de que el particular no pueda hacer uso adecuado, por imposibilidad manifiesta, de sus disponibilidades probatorias; siendo a los efectos perfectamente manejable el criterio de la idoneidad del asentamiento (hábitat) que ofrezca para el animal salvaje en cuestión el terreno de que se trata, aunque la procedencia probada de estos animales de un Tecor privado no implique ni presuponga en todo caso y necesariamente, especialmente de tratarse del lobo, la cría de esos animales por los titulares cinegéticos o propietarios de ese Tecor, entendida esta última como actividad reproductiva con fines de explotación económica.

En definitiva, este criterio de imputación de responsabilidad patrimonial al titular del terreno o del coto del que presuntamente hubieran provenido los lobos se enfrenta con la dificultad de probar la procedencia de esos animales salvajes, prueba que, en la mayoría de los casos, resultará prácticamente de imposible realización. En esa tesitura, la falta de precisión en orden a la procedencia de los lobos, en cuanto animales que suelen vagar en libertad, resultará ser un imponderable negativo

a efectos de imputación de la referida responsabilidad patrimonial, por cuanto los propietarios privados de terrenos rústicos por los que transiten esos animales no estarán, en casi todos los casos, en disposición de soportar la prueba de que éstos se crían y desarrollan habitualmente su existencia en terrenos de su propiedad; razón por la que la Administración debe extremar su celo en la busca y procura de pruebas justificativas de la responsabilidad de los dueños de los Tecor privados, cuando se instruyan expediente de responsabilidad patrimonial, para evitar que una falta total de prueba pueda revertir precisamente contra la propia Administración y endosarle la responsabilidad patrimonial que rechaza.

Octava.-

Las consideraciones anteriores exigen que este Consejo Consultivo, cambiando parcialmente el sentido de su criterio inicial y en consideración a que el lobo no tiene, de acuerdo con la vigente normativa gallega, la condición de especie faunística silvestre especialmente protegida, y siendo esta especie (*canis lupus*) considerada como objeto posible de caza, haya de adoptar el criterio, deducido de la aplicación del artículo 23 de la Ley de caza de Galicia, de que la Administración autonómica tan sólo será responsable por los daños causados por los lobos cuando se pueda probar que su procedencia inmediata es un Tecor público o un espacio de aprovechamiento cinegético común.

Pero al mismo tiempo, este organismo consultivo sugiere una reflexión sobre sí, a la vista de esa redacción, cuando menos aparentemente generalizadora y de presunto alcance universal, del artículo 23 de la Ley de caza de Gali-

cia, resultaría conveniente que en la normativa gallega de desarrollo de legislación de caza se matizasen y precisasen las particularidades de ciertas especies faunísticas, como el lobo, dadas las singulares características identificadoras de su *modus vivendi*, del singular biotopo en el que desenvuelve su existencia y de sus comportamientos y reacciones agresoras, hacia una más precisa aproximación a la problemática de la responsabilidad patrimonial por daños causados singularmente por ese animal.

Novena.-

Sea como fuera, lo cierto es que éste es el criterio hermenéutico final que es dado extraer del artículo 23 de la Ley de caza de Galicia, por estar redactado en términos tan generales que permite la extensión de las consecuencias materiales de su mandato en cualquier caso y sea cual sea el recurso cinegético considerado.

En definitiva, este Consejo Consultivo de Galicia mantiene el criterio de que, *lege data*, los daños causados por el lobo, en cuanto especie cinegética de aprovechamiento no prohibido (aunque sí, en su caso, limitado coyunturalmente por la Administración medioambiental, mediante autorizaciones especiales, cuando así lo exija la conservación de la especie), tendrán que ser indemnizados por disposición de la ley a cargo de los titulares de los terrenos en los que permanezcan, siquiera transitoriamente, y en todo caso de los que procedan, y por lo tanto les será imputable la responsabilidad indemnizatoria directa o exclusiva por los daños que causen en propiedades ajenas, como también es predicable respecto de los causados por los demás animales sal-

vajes susceptibles de aprovechamiento cinegético (jabalíes, corzos, etc.), sin posibilidad de invocación de fuerza mayor como circunstancia excluyente o exonerante de la responsabilidad patrimonial. Y habiéndose acreditado que el lugar donde ocurrieron los hechos corresponde, en cuanto a sus características cinegéticas, a terrenos de un coto privado de caza, por aplicación de la vigente Ley de caza de Galicia (art. 23) queda excluida la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, dado que, verosímelmente, consta que el lobo procedía, de modo inmediato, de este coto.

Y habiéndose acreditado, como resulta del informe del Servicio Provincial de Medio Ambiente de Pontevedra, obrante en el expediente, que la titularidad cinegética de los terrenos en los que tuvieron lugar los perjuicios

denunciados corresponden a un Refugio de Fauna, es preciso afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, reduciendo además la pretensión indemnizatoria del reclamante a 75.000 pesetas, al ser ésta la valoración máxima de una becerrra de sus características como consta en el informe del Servicio de Sanidad y Producción Animal de Pontevedra (hoja 18 del expediente).

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo Consultivo de Galicia, por unanimidad de todos sus miembros, dictamina:

“Que informa favorablemente la propuesta de resolución a la que el presente expediente se refiere”.

CONSEJO JURIDICO DE LA REGION DE MURCIA

Reseña por M. García Canales

1. INTRODUCCIÓN.

La actividad realizada por el Consejo Jurídico de la Región de Murcia durante el año 2003, de conformidad con las competencias que le asigna su Ley de creación (2/1997, de 19 de mayo), y en el modo en que prescribe su Reglamento de Organización y Funcionamiento, va a ser referida en estas páginas en forma concisa y selectiva. Con ello pretendemos celebrar una iniciativa del Consejo Consultivo de Valencia que nos parece plausible, colaborando en la forma que creemos más acorde con los fines que persigue esta publicación. En sus orígenes, no dista mucho del estilo y contenido de la Memoria que el Consejo de referencia rindió a la Asamblea Regional y al Consejo de Gobierno en el último año, si bien con las necesarias aportaciones para que resulte útil a la finalidad que ahora nos proponemos.

En la Memoria de actividades correspondiente al año 1999 ya comenzamos a apreciar una fuerte tendencia al incremento de las consultas referidas a reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración. A lo largo del año 2003 han sido 171 los dictámenes de tal naturaleza emitidos por el Consejo Jurídico, lo que significa un valor relativo del 81 por ciento respecto al total de 211 dictámenes de dicho año.

Con ocasión de sus sucesivas Memorias de actividades, el órgano consultivo ha llamado la atención sobre estos datos, ponderando los aspectos más reiterados, relevantes y problemáticos puestos de manifiesto en el ejercicio de su labor. Así, en el año 1998 una expresa alusión recomendaba que en la instrucción de los expedientes relativos a acciones de responsabilidad patrimonial de la Administración el instructor indagase la posible previa instrucción en vía penal, especialmente en las derivadas de daños producidos en accidentes de circulación o en incidentes sanitarios. Hoy puede afirmarse que ésta es una práctica habitual en la Administración regional. En el año 1999 se extendió en recomendar las prácticas procedimentales más ajustadas al ordenamiento y a la necesidad de instruir de manera completa el procedimiento, destacando igualmente la especial posición del instructor, órgano de la Administración cuya relación de servicio con la misma ha de enfocarse en el ejercicio de su función hacia el principio de neutralidad, ya que el mantenimiento de la legalidad le sujeta plenamente en el cumplimiento de sus cometidos.

La perspectiva que ahora se quiere adoptar procede, en parte, de algo ya observado brevemente en el año 1999, cuando manifestamos que *“una de las cuestiones que pone de manifiesto la estadística sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración es la panorámica global sobre el funcio-*

namiento de los servicios públicos. Desde un punto de vista amplio se ha dicho que a través del sistema de responsabilidad se garantiza cuál es el modelo deseable de prestación de servicios públicos, satisfaciendo de manera real las necesidades generales sin causar daños. La existencia de reclamaciones constituye así una llamada de atención, no sólo para reparar, en su caso, el daño causado, sino también para revisar las pautas de funcionamiento del servicio en el que el daño se causa, en cuanto apunta las razones organizativas o materiales determinantes de su inadecuado funcionamiento”.

La presente reseña pretende ahondar en este mismo enfoque mediante un análisis suficientemente pormenorizado de los Dictámenes por responsabilidad de la Administración, clasificados por sectores de la actividad administrativa. El peso específico de dicha parcela de nuestra función consultiva justifica sobradamente esta atención particularizada, que sobresale con mucho respecto de las demás competencias de este órgano consultivo.

2. EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA.

Los servicios de educación no universitaria generaron 96 dictámenes, de los cuales 84 tienen su origen en accidentes de los escolares producidos de diversas maneras, siendo destacable el número de incidentes ocasionados durante la educación física (22), durante las actividades lúdicas en el recreo (17) y en el momento de la entrada o salida del aula o centro (20).

La afirmación desde la que parte la doctrina y jurisprudencia, reiterada por el Consejo Jurídico en sus Dictámenes, es que la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no permite una imputación automática de cuantos hechos lesivos suceden como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, de tal modo que la producción de un accidente dentro del centro escolar no es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración educativa. Resulta preciso, tal como ha señalado el Consejo de Estado, entre muchos otros, en su Dictamen número 3582/2001, analizar y ponderar las circunstancias que concurren en cada caso en orden a determinar si se cumplen los requisitos que caracterizan las responsabilidades patrimoniales, legalmente establecidas en los artículos 139 y siguientes LPAC (Dictamen 8/2003, entre otros).

2.1 Accidentes durante la educación física.

Los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva, debiendo ser soportados por quien los sufre, siempre que la actividad no se apartase de las reglas ordinarias de su práctica, o se tratara de ejercicios inapropiados a la edad de los alumnos, o concurren circunstancias determinantes de riesgo, peligro, o mal estado de las instalaciones que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, y siempre que el profesorado adopte las medidas de precaución habituales, ajustadas a la pauta de diligencia exigible a un padre de familia.

En congruencia con lo dicho, no puede emitirse Dictamen sobre el fondo del asunto si del análisis de la documentación obrante en el expediente no se infiere la clase de ejercicio físico que practicaban los alumnos ni las circunstancias concretas que provocaron el accidente, carencia de instrucción que aconseja retroaer el procedimiento para completar actuaciones (Dictamen 188/2003).

En cualquier caso no generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos, como ha precisado en Consejo de Estado (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). Dentro de ese contexto se acepta también que no incurre en responsabilidad la Administración cuando el daño se produce fortuitamente, sin relación con la actividad administrativa sino con ocasión de ella.

Por contra, sí es de apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración si se pone de manifiesto que los hechos lesivos se produjeron al participar el alumno en una actividad docente de carácter obligatorio, realizando una actividad (ejercicio de aprendizaje del manejo del monopatín, por ejemplo) programada por el profesor de Educación Física, en su presencia y bajo su supervisión. Se produce, además, el alcance fortuito de un compañero sobre el alumno lesionado y concurre un elemento adicional de riesgo que constituye la causa principal del accidente: no haber cubierto, con sus correspondientes tapas, los orificios destinados al anclaje de los postes de voleibol. La aparición de este hecho hace perceptible, de modo suficientemente intenso, el vínculo causal existente entre el servicio prestado por la Administración y los efectos lesivos derivados de la mencionada actividad lectiva, ya que, al decidir que se efectuaran los ejercicios de monopatín sin haber tapado los citados huecos, se introdujo en la actividad un elemento de riesgo adicional que excede de los patrones socialmente aceptables (Dictamen 7/2003).

En otras ocasiones, la ausencia de una actividad probatoria por parte de la Administración que acredite la ruptura del nexo causal y, en consecuencia, la negación de un mal funcionamiento del servicio público educativo, pueden conducir a que se concluya en la procedencia de estimar la reclamación presentada, ya que las reglas de distribución de la carga de la prueba pueden imponer que sea la Administración la que deba acreditar la ruptura del nexo causal, mediante la aportación de las pruebas o indicios que permitan apreciar si el lanzamiento de una pelota a la cara de una alumna se produce como consecuencia de una acción súbita e inopinada y difícilmente previsible y, por tanto, no imputable a la propia Administración, o como consecuencia de algún factor de riesgo, tal como la falta de la diligencia que el profesorado debía dispensar a los alumnos en la dirección del ejercicio, tipo de balón, etc., según su edad y la actividad que realizasen (Dictamen 27/2003).

La concurrencia de actividades de dos Administraciones públicas en la función educativa, la autonómica y la local, puede finalizar en una conclusión que aconseje reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional por un hecho peculiar. Si la titularidad de la actividad deportiva en la que se causa el daño corresponde a un Ayuntamiento (entidad organizadora de la actividad

“Deporte Escolar”), será éste quien esté legitimado pasivamente para soportar el ejercicio de la acción y reparar los efectos lesivos. No obstante, en el supuesto examinado en el Dictamen 83/2003, el Colegio introdujo un elemento distorsionador en la práctica del módulo al decidir o, al menos, permitir que se impartiese en el horario correspondiente a la clase de Educación Física. Aunque el nexo causal no pudo predicarse entre la actividad deportivo-docente y los daños físicos sufridos por el menor, no puede decirse lo mismo en lo que se refiere a la decisión adoptada por el Centro, sin que constase la debida aceptación por el Consejo Escolar, de que los módulos deportivos concedidos por el Ayuntamiento (o, al menos, aquél en el que se produjeron los hechos) se ejecutasen en el seno de la clase de Educación Física. Si el ejercicio se hubiese realizado en horario extraescolar, como era lo propio, los gastos originados por el accidente sufrido por el menor se habrían cubierto con el seguro de accidentes que el Ayuntamiento tiene concertado para atender este tipo de contingencias.

2.2. Accidentes durante actividades lúdicas en el recreo.

La uniforme y pacífica doctrina, de índole tanto jurisprudencial como consultiva, en relación con los daños sufridos por escolares en centros docentes públicos durante el desarrollo de juegos en el tiempo específicamente destinado a ellos, parte de la idea de que resulta imposible evitar las consecuencias que estas actividades lúdicas conllevan, salvo que las mismas se prohibiesen totalmente, lo que llevaría al absurdo de impedir la libre expansión de los alumnos en el tiempo pensado y dedicado precisamente a esta finalidad. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2001 declara que no cabe imputar lesión alguna a la Administración docente, cuando el daño exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito recibido de un compañero del juego en un lance del mismo, *“sin que, por ende, pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia”*; de esta manera es de tener en cuenta que la forma puramente fortuita en que se causó la lesión *“en sí misma es insuficiente para anudar el daño a la gestión pública”*, que resultaría ajena a su generación (Dictamen 2/2003).

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, dentro del riesgo que suponen las actividades lúdicas de los escolares durante el tiempo de recreo, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado.

En sentido opuesto, el deber de mantenimiento de las instalaciones escolares pesa sobre la Administración educativa de tal manera que cuando ellas son la causa del daño (rampa que presenta un desnivel superior al que debiera tener, y, además, el pavimento que la recubre que en principio era antideslizante, debido al paso del

tiempo y al uso, se encuentra excesivamente pulido), debe concluirse la existencia de nexo entre tal daño producido y el funcionamiento del servicio público educativo, a quien correspondía vigilar y promover lo necesario para garantizar el mantenimiento de las debidas condiciones de seguridad de las instalaciones del Colegio, todo ello sin perjuicio del derecho de la Administración autonómica a repetir, en su caso, contra el Ayuntamiento el tanto de culpa que pudiera corresponderle, si de él dependiera el mantenimiento de las instalaciones. (Dictamen 128/2003).

2.3 Accidentes a la entrada o salida del aula o del centro.

Una problemática diferente presentan los accidentes cuando los hechos ocurren fuera de la jornada escolar y, más concretamente, en ese período de “tiempo intermedio” situado entre el momento de finalización de las clases y aquél en el que los padres recogen a sus hijos. Es frecuente que, tanto antes del comienzo de las clases como al término de éstas, los centros escolares permanezcan abiertos y que en su recinto se concentren los niños a la espera de incorporarse a las aulas en el primer caso, y a ser recogidos por sus mayores en el segundo. La cuestión que se plantea es si en estos “tiempos intermedios” la responsabilidad sigue correspondiendo al centro docente.

El Consejo Jurídico, ya desde el Dictamen 226/2002, ha resaltado en estos casos que la jurisprudencia recaída sobre esta cuestión no ha sido siempre constante, aspecto que conviene recordar. Así, el Tribunal Supremo ha afirmado, entre otras varias, en la sentencia de su Sala 1.^a de fecha 3 de diciembre de 1991, que el momento en el que el centro escolar acaba su obligación de guarda, *“no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría, con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabadas las clases, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande”*. Añade que *“si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva, antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilio, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están en el centro y vigilados por su personal...distinto hubiera sido si el centro tuviera establecido como norma el cierre inmediato de sus instalaciones acabada la jornada, pues entonces si estaban los padres obligados a prever el hecho”*.

En sentido opuesto, el Alto Tribunal, en su sentencia de 4 de junio de 1999, dictada en el proceso seguido como consecuencia de los daños que sufre una niña cuando se encontraba jugando en el recinto exterior del colegio a la espera del comienzo de las clases, dice, desestimando la demanda, que la responsabilidad de los centros docentes se halla condicionada temporalmente al comienzo y al fin de la jornada escolar. Añade que no había quedado acreditado que los hechos se produjeran cuando el personal del centro había asumido ya las funciones de vigilancia de los alumnos a ellos encomendados.

Por otro lado, el Consejo de Estado, con carácter general, rechaza que la diligencia exigible a los servidores públicos de los colegios incluya un cuidado total

sobre las personas que se encuentren en el servicio y las conductas, del tipo que sean, que se desarrollen en él (Dictamen 289/94), habiendo precisado otros órganos consultivos autonómicos que los accidentes escolares producidos en actividades espontáneas de los alumnos, fuera de los horarios lectivos, a la salida del horario escolar, no pueden imputarse a la Administración, al no existir nexo causal (entre otros, Dictamen 4/1999 del Consell Consultiu de Les Illes Balears).

Esta variedad de pronunciamientos sólo viene a confirmar la dificultad para determinar cuáles sean exactamente los límites temporales de la responsabilidad en los centros docentes, lo que obliga a analizar y ponderar las concretas circunstancias que se presentan en cada caso, comprobando si concurren los requisitos legalmente establecidos para declarar o no la existencia de nexo causal.

No obstante en lo que sí parece coincidir la doctrina sentada por los diversos órganos consultivos, en supuestos de tropiezos o caídas, es en propugnar la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como defectos en las instalaciones, o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores. Así, entre otros muchos, los Dictámenes 2099/2000 y 3240/2001, del Consejo de Estado.

Además, hay que recordar la doctrina de dicho Órgano Consultivo en la que considera, como un elemento de especial importancia para delimitar la eventual existencia de responsabilidad, la posible concurrencia de una *“falta de vigilancia”* de los responsables del centro que, en centros de educación no superior, como es el caso, hace que a la Administración le sea exigible un deber de vigilancia normal para prevenir daños de ocurrencia previsible en atención a las circunstancias normales y propias de estos centros educativos.

Dentro de la dificultad de trasladar al caso particular pautas tan abiertas y generales como las expuestas, sí cabe apreciar inexistencia de responsabilidad cuando el daño se produce permaneciendo el alumno en el centro fuera del horario lectivo, contraviniendo las normas de funcionamiento. Al conocer de un caso semejante dijo el Consejo Jurídico, en el Dictamen 63/2003, que, dado que a la hora en que se produce el accidente ningún alumno debía estar en el patio, no es exigible la permanencia de un docente en dicho patio de recreo que, según las normas del Colegio, debía quedar vacío. Así, habiendo la Administración adoptado las medidas de cuidado hasta el nivel adecuado a las circunstancias concurrentes, si a pesar de ello tiene lugar un daño con ocasión de una actividad administrativa, no cabría hablar de una relación causa-efecto entre el daño y dicha actividad. La causalidad del evento dañoso, entonces, debe buscarse fuera de su ámbito, sin que necesariamente tenga que coincidir esa causa ajena con el más restringido concepto jurídico de fuerza mayor porque, como el Tribunal Supremo señala, entre los factores que pueden determinar una ruptura del nexo causal, cabe incluir la conducta de la propia víctima.

En el entorno temporal propio de las entradas y salidas del centro pueden producirse agresiones entre escolares, hechos cuyo tratamiento también puede encuadrarse en el deber de vigilancia y custodia que corresponde a la Administración educativa. En el caso examinado en el Dictamen 79/2003, a la vista de las circunstancias, se consideró que la presencia disuasoria de un profesor, aun cuando no hubiera garantizado la ausencia de la agresión, es razonable pensar que hubiera minorado sus efectos, pues no puede olvidarse que *“ésta no consistió en uno o dos golpes aislados, sino en una sucesión de los mismos, propinados a una alumna por cuatro o cinco compañeros, como revela la detallada descripción de los hechos realizada por la agredida en presencia policial (denuncia que consta en el expediente), agresiones múltiples (patadas, tirones de pelo), que se vieron facilitadas por el anonimato que da una salida masiva de alumnos, lo que, como hemos apuntado antes, demandaba la presencia del profesorado. A ello no obsta, claro está, el que la agresión cesara en el momento en que un profesor se apercebiera del suceso (previsiblemente ante el tumulto ocasionado) y acudiera presto a detener la agresión (lo que, obviamente, era su obligación), pues la ausencia de profesores en el lugar de los hechos, como mínimo, contribuyó a agravar las circunstancias de la agresión”*. Obviamente, se añade, *“ello no significa que exista negligencia de un concreto docente, pues si es cierto que estaban encargados de la vigilancia del cambio de clases dentro del edificio, difícilmente podían, a la vez, ocuparse de lo que sucediera fuera del mismo”*. Se trata, más bien, de lo que se ha denominado *“responsabilidad institucional”*, inherente a las mayores necesidades que cada vez va demandando el funcionamiento de los servicios públicos educativos, responsabilidad que depende, en gran medida, de los medios económicos y personales de que se disponga para cubrir adecuadamente tales necesidades; circunstancia que, siendo explicable, no justifica, a efectos de responsabilidad, negar el resarcimiento de los daños ocasionados en casos como el presente.

La entrada y salida del centro se desarrolla por los alumnos a través de las instalaciones escolares, por lo cual éstas deben permanecer en un estado de conservación adecuado para servir a su finalidad sin ser fuente de riesgos adicionales. Pesa en general sobre la Administración educativa la obligación de mantenerlas en ese adecuado estado, debiendo considerarse antijurídicos los daños sufridos por los alumnos achacables al incumplimiento de esa obligación administrativa. En la reclamación que dio lugar al Dictamen 120/2003, la interesada atribuye al colegio la responsabilidad del accidente por consentir en sus instalaciones elementos de grave riesgo para los niños, teniendo en cuenta la corta edad de los alumnos que tenían acceso a la zona de la escalera en la que se produjo el accidente. La barandilla de dicha escalera tenía dos alcayatas para enganchar una cadena con la cual se pretendía impedir el paso a determinadas horas de clase. El daño se podría haber evitado si las condiciones en que se encontraba la barandilla de la escalera hubieran sido otras, habiéndose acreditado la existencia de un riesgo, al tener determinados elementos potencialmente peligrosos por donde transitan alumnos de educación infantil y primaria.

Por ello, aun cuando el accidente se hubiera producido de forma fortuita, la concurrencia de elementos adicionales generadores de riesgo, como el defecto en las

instalaciones, determinan la conexión del daño con el servicio público educativo para estimar la pretensión de indemnización. El mal estado de las instalaciones en la génesis del daño también es un criterio utilizado por el Consejo de Estado y otros Consejos autonómicos para imputar la responsabilidad a la Administración titular del centro.

3. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN ENCARGADA DE LA CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LAS CARRETERAS Y CAMINOS.

El segundo gran bloque de asuntos sobre responsabilidad patrimonial dictaminados por el Consejo a lo largo del 2003 viene referido a accidentes sufridos por los usuarios de las carreteras regionales, que ha supuesto 29 Dictámenes, de los cuales 12 traen su causa de la existencia de baches o elementos extraños en la calzada.

Una de las cuestiones colaterales que el examen de estos supuestos refleja es la aparición de reclamaciones por accidentes de circulación padecidos, no ya en carreteras, sino en caminos de servicio, situación que plantea observaciones como las ya realizadas en la memoria del año 2002, que concluyó sugiriendo a la Administración regional que abordara un proceso de clarificación para determinar el uso prioritario que se les está dando, con el fin de formalizar las transferencias de titularidad de tales caminos.

La problemática jurídico-administrativa provocada por dicha situación ha tenido también sus manifestaciones en el año 2003, pudiéndose constatar en una ocasión que el camino rural de servicio en el que se produjo el accidente, del que se habían eliminado las limitaciones de tonelaje y velocidad, se encuentra abierto al tráfico de cualquier vehículo, sin que, sin embargo, se hayan desplegado las obligadas labores de mantenimiento y conservación tendentes a que la seguridad de quienes lo utilicen quede garantizada (Dictamen 18/2003). Esa incertidumbre que acompaña a los caminos de servicio requiere, en cualquier caso, extremar el celo en la instrucción para determinar la situación fáctica real, averiguando el uso dado a los mismos, pesquisas en las que puede ser imprescindible dar audiencia a los Ayuntamientos correspondientes, con objeto de establecer si el camino se encuentra formalmente abierto a la circulación pública y qué tipo de señales aparecen (Dictamen 127/2003).

Pero representando tales casos una anomalía, la mayor parte de los supuestos de responsabilidad por el uso de las vías de circulación se producen a causa de obras en la calzada (7 dictámenes) o de baches y elementos extraños en la misma (12 dictámenes), asociados en muchas ocasiones con una señalización inadecuada o insuficiente para que el conductor advierta las circunstancias a las que se ha de enfrentar.

Como regla general, la existencia de responsabilidad administrativa sólo puede reconocerse cuando el reclamante acredite que el accidente se produjo por no existir señalización suficiente y adecuada, que advirtiera al conductor de la exis-

tencia del riesgo o peligro especial que suponga la realización de las obras de que se trate, y que tal omisión administrativa contribuya (con o sin concurrencia de otras causas) a la producción del daño por el que se reclama indemnización. Se trata, pues, de dilucidar si se ha acreditado el funcionamiento anormal o, como indica el Consejo de Estado, y el Tribunal Supremo acogiendo la doctrina de aquél, el “*no funcionamiento*” del servicio público; ya que, como también ha reiterado este Consejo Jurídico, la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no significa que la mera utilización de los servicios públicos sea título jurídico de resarcimiento de los daños que en ellos se ocasionen (Dictamen 177/2003).

En los procedimientos de responsabilidad por accidentes, cuando se están ejecutando obras en la calzada es necesario emplazar a la empresa adjudicataria, cuestión que alcanza relieve fundamental ya que esta audiencia, exigida por el artículo 97.3 TRLCAP, viene motivada por su condición de interesado (artículo 31.1,b LPAC), puesto que si, finalmente, se determinara que los daños a terceros se produjeron como consecuencia de la ejecución del contrato, correspondería al contratista la obligación de indemnizar. Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización. Se sigue así la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima que la responsabilidad de la Administración es en todo caso directa si los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (SSTS, Sala 3ª, de 18 de diciembre de 1995, 11 de febrero de 1997, 5 de diciembre de 1997 y 20 de octubre de 1998); hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento se ha de determinar también si es el contratista el que en última instancia debería hacer frente a la indemnización (Dictamen 53/2003).

Pero las cuestiones de fondo de estas reclamaciones han de abordarse afirmando como premisa que la Administración regional tiene el deber de mantenimiento y conservación de sus carreteras en las adecuadas condiciones, que garanticen su uso seguro; deber que le incumbe en atención a lo dispuesto por la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, cuyo artículo 20, apartado 2, establece que la Comunidad Autónoma, como regla general, explotará directamente las carreteras a su cargo, señalando el apartado 1 del mismo artículo que la explotación de la carretera, entre otras actuaciones, comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, así como las encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso. Por su parte, el artículo 57 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, asigna “*al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales*”. Consecuencia necesaria de lo anterior es la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio regio-

nal de carreteras y los daños generados en los vehículos y personas de los reclamantes, si ese deber de conservación se omite, como fue el caso contemplado en el Dictamen 23/2003.

Pero dicho lo anterior, resulta necesario recordar algunas matizaciones que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las carreteras regionales. Como ya se dejó expuesto en el Dictamen 32/2003, no es cierto, como en ocasiones pretenden los reclamantes, que la obligación de la Administración sea la de mantener las carreteras en “*perfectas*” condiciones, y ello por la sencilla razón de que la perfección en tal materia es imposible. Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. En reiterados Dictámenes, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, hemos sostenido que las obligaciones públicas en esta materia no pueden ser tan rigurosas que impliquen un deber de eliminar de modo inmediato cualquier obstáculo que aparezca en la calzada. Así, y de modo paradigmático, el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo niegan la relación de causalidad cuando el accidente se produce por una mancha de aceite fresca que se ha derramado en la calzada, pues la rapidez e inmediatez del siniestro justifican que la Administración no esté obligada a prevenir o evitar tales eventos.

Quiere decirse, pues, que, cuando se trata de casos en los que la causa del daño es un objeto en la calzada, las concretas circunstancias del supuesto influyen determinadamente para decidir si existía o no obligación de que el servicio público actuara y, en su caso, señalizara o eliminara el obstáculo de que se trata.

Ello no supone atribuir a la responsabilidad patrimonial administrativa una suerte de cualidad culpabilística, pues la aplicación del parámetro del estándar de las obligaciones públicas lleva a sostener que, si no hay obligación de funcionamiento del servicio público conforme a ese parámetro, no se trata ya de que la Administración no tenga culpa, sino que, desde el punto de vista de la relación de causalidad, la inactividad administrativa no ha sido causante del daño, porque no puede decirse que haya existido omisión pública indebida generadora del mismo. Y, visto desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), resulta que cuando no hay omisión indebida de la Administración es que el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar ese daño, como riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista otro tercero responsable). Por ello cabe apreciar responsabilidad cuando la Administración competente conoce que en un tramo de carretera es usual la existencia de gravilla por la confluencia de caminos rurales y el tráfico de maquinarias agrícolas, circunstancia suficiente para sostener que dicha Administración, en cuanto encargada del mantenimiento y vigilancia de la vía, debió, en todo caso, señalar la existencia de la gravilla y, además, proceder con asiduidad a la eliminación de la misma. Al no hacerlo así, existió un anormal funcionamiento de

dicho servicio público y existió nexo de causalidad de éste con el accidente (Dictamen 32/2003). La omisión de señalización resulta especialmente reprochable atendiendo a la continuidad de la presencia de dichos elementos extraños en la carretera, como consecuencia de la constante circulación de camiones (Dictamen 99/2003).

4. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA.

Especial sensibilidad se aprecia por los particulares a la hora de enjuiciar las actuaciones de la Administración encargada de gestionar los servicios de salud, como ha comprobado el Consejo Jurídico a través de sus Dictámenes. Se trata, como es obvio, de un servicio público cuyo buen funcionamiento es vital para la sociedad, siendo las reclamaciones por responsabilidad patrimonial frente a actos médicos un punto de referencia para apreciar los aspectos del mismo precisados de mejora.

En el año 2003 fueron emitidos 28 Dictámenes con origen en tal rama de la actividad administrativa regional, que es, pues, la tercera gran causa de las reclamaciones por responsabilidad conocidas por el Consejo.

Para determinar la posible existencia de causalidad entre la actuación médica y el daño alegado por los reclamantes resulta esencial adentrarse en las exigencias que la denominada *lex artis* impone en cada caso a los profesionales sanitarios, como una clásica doctrina jurisprudencial viene reconociendo (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001). Por *lex artis* se entiende el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado, que tiene en cuenta las técnicas contrastadas y la complejidad y trascendencia vital para el paciente, todo ello encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia (SAN, Sección 4ª, de 27 de junio de 2001). Y es este criterio básico para la jurisprudencia contencioso administrativa, que hace girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial, y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto.

Elemento central de este criterio es que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica de conformidad con el estado de la ciencia y no garantizar en todo caso la curación del enfermo (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1349/2000, de 11 de mayo, y 78/2002, de 14 de febrero). Por lo tanto, como recoge la SAN, Sección 4ª, de 19 de septiembre de 2001 “*el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida*”.

Desde este punto de arranque no se aprecia, sin embargo, que las reclamaciones causadas por este servicio público se concentren en una concreta clase de actua-

ciones, sino que obedecen a una variada gama de supuestos. De entre ellos destacan 5 supuestos en los que se achaca a una intervención médica ser la causante de secuelas y daños, lo que fue reconocido expresamente por la propia Administración en el Dictamen 208/2003 y, también, en el 178/2003, si bien en éste la técnica empleada fue la adecuada pero no su ejecución, que causó daños por caso fortuito.

También se observa en 4 Dictámenes que se achaca a los servicios sanitarios el causar daños por un diagnóstico erróneo o tardío, que, sin embargo, no fue apreciado por el Consejo, si bien en un supuesto se aconsejó completar la instrucción con informes más precisos (Dictamen 206/2003).

5. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE OTROS SERVICIOS.

Otros servicios públicos generan así mismo reclamaciones por responsabilidad patrimonial que, aunque en menor número, tienen también un valor significativo que debemos resaltar con un breve comentario.

5.1 Responsabilidad de la Administración en la prestación de servicios sociales.

Los 4 dictámenes encuadrables en este sector se refieren a procedimientos en los que se esgrimieron pretensiones indemnizatorias, referidas al fallecimiento de una persona internada en una residencia y a las consecuencias dañosas derivadas de la denegación de una pensión de invalidez.

En cuanto al fallecimiento, en el Dictamen 17/2003, se pudo apreciar que el hecho luctuoso no tuvo conexión causal con el funcionamiento del servicio público. Inicialmente fue necesario recordar que las indemnizaciones por muerte no son un derecho derivado de la herencia, sino que más bien se trata de una indemnización *causa doloris* y/o por quebranto patrimonial, a la que tendrían derecho quienes sufren daño o ven mermado su patrimonio por el fallecimiento de la víctima, es decir, habría que resarcir los perjuicios de toda índole, “*de quien además del evidente soporte afectivo, proporciona a los actores el oportuno soporte económico*” (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001). Dicho ello, el examen de las actuaciones practicadas reveló que la diligencia exigible al personal de la Administración se había puesto en práctica de manera suficiente y, además, que no se había causado daño a los reclamantes, pues era posible afirmar que entre la finada y sus familiares próximos no existían relaciones especiales de afectividad ni de dependencia económica.

Al margen de señalar en un caso la carencia de legitimación pasiva de la Administración regional (Dictamen 111/2003) y, en otro, que era necesario completar la instrucción (Dictamen 110/2003), los perjuicios que trataba de solventar la reclamante en el procedimiento analizado en el Dictamen 198/2003, siempre desde la perspectiva de su argumentación, se encuentran originados por una Resolución de la dirección del ISOORM, que, con base en los informes del Equipo de Valoración y Orientación, declaró extinto su derecho a percibir pensión;

Resolución que si bien fue impugnada en vía administrativa previa no fue, seguidamente, atacada ante la correspondiente jurisdicción, por lo que se puede afirmar que la interesada no llevó a cabo la actuación que correspondía, tendente a enervar la eficacia jurídica del acto administrativo que, a su juicio, le provocaba el daño por el que pretendía obtener una indemnización. Siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 3634/2000), se mantuvo que las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no son de aplicación cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el ordenamiento jurídico. Y es que, a pesar de que la doctrina jurisprudencial admite, con carácter general, la procedencia de indemnizar los daños patrimoniales causados por actos administrativos, tanto si son válidos y conformes al ordenamiento jurídico como si incurrían en cualquier infracción determinante de su invalidez, siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos, la estimación de una pretensión de resarcimiento fundada en los efectos dañosos derivados de la ejecución de un acto dependerá, principalmente, de una previa o simultánea declaración administrativa o jurisdiccional de antijuridicidad de tal acto.

5.2. Responsabilidad de la Administración protectora de la salud pública.

En el Dictamen 100/2003 la reclamación se instaba frente a una inmovilización de partidas de aceite de orujo de oliva. La salud pública goza de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico -estatal, europeo y regional- que reconoce la posible inmovilización de mercancías como medida cautelar, acción que ejecutó la Consejería de Sanidad, en el caso de dictamen, a través de la denominada alerta alimentaria levantada por el Ministerio de Sanidad y Consumo, y referida, como se ha dicho, al aceite de orujo de oliva. La regulación ordinaria adopta medidas precautorias en el marco que propicia el artículo 51.1 de la Constitución, para el cual la defensa de los consumidores constituye una obligación de los poderes públicos, especialmente en el ámbito de la salud. A tal efecto el artículo 5.2.g) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, dispone que *“en todo caso, y como garantía de la salud y seguridad de las personas, se observará: la obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas”*. También el artículo 37 de la misma Ley 26/1984 habilita tal medida al establecer que no tendrá carácter sancionador la retirada del mercado de productos por razones de sanidad, higiene o seguridad, y a tal fin se orientan la citada Ley 26/1984, la Ley General de Sanidad y la Ley regional 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia, cuyo artículo 3 dice que *“son derechos esenciales de los consumidores y usuarios los siguientes: 1. La protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, concebida aquélla de forma integral, incluyendo, por tanto, los riesgos que amenacen al medio ambiente y a la calidad de vida”*. Dentro de esos objetivos generales, el artículo 6, apartados 1 y 2 de dicha Ley dispone que: *“1. Los productos, bienes y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios no*

implicarán riesgos para su salud o seguridad. 2. Los productores e importadores quedan obligados a comercializar únicamente productos, bienes y servicios seguros”. Añade el artículo 7 que “por producto seguro se entenderá el que se ajusta con idoneidad a las disposiciones específicas sobre seguridad, a los reglamentos o normas de calidad que le resulten de aplicación. En defecto de tales normas, se entenderá por producto seguro aquel que, en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles, incluida la duración, no presente riesgo alguno o únicamente riesgos mínimos, compatibles con el uso del producto y considerados admisibles dentro del respeto de un elevado nivel de protección de la salud y de la seguridad de las personas”.

Por su parte, el artículo 95.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, modificado por el Tratado de Ámsterdam, dispone que las legislaciones de los países miembros y las propuestas de la Comisión sobre protección de consumidores, se basarán “*en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos*”.

De ese contexto normativo y de la documentación incorporada al expediente el Consejo Jurídico entendió que no se advertía que el daño fuese antijurídico, es decir, que el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo, porque apareció probado que en la partida de aceite inmovilizada se detectó la presencia de benzopireno (a) en una cantidad muy superior a la recomendada por la European Economic Community Seed Crusher’s and Oil Processor’s Federation, que es la institución técnica que señala como referencia el Instituto de la Grasa del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, así como al nivel señalado por la Orden del Ministerio de la Presidencia de 25 de julio de 2001 (BOE del día siguiente), que lo sitúa en 2 microgramos por kilo de aceite. Por ello, se infringía la reglamentación técnico-sanitaria específica, aprobada por Real Decreto 308/1983, de 25 de enero, según la cual los aceites vegetales comestibles, cualquiera que sea su procedencia, deberán estar en perfectas condiciones de consumo (apartado V.1.1). El análisis practicado a la mercancía inmovilizada, al arrojar el resultado expresado, permite afirmar que el producto no era seguro, que en su venta no se respetaba el código de buena conducta correspondiente y, además, que se infringía la reglamentación técnico sanitaria aplicable, por lo que el daño estaba causado por la propia víctima que lo alegaba.

5.3. Responsabilidad de la Administración portuaria.

En el ámbito de la administración portuaria, unas obras realizadas en la zona de servicio del puerto de Águilas desencadenaron la reclamación de una viandante que, después de introducir accidentalmente el pie en un hueco junto a la baranda, cayó al suelo. Los agujeros existentes junto a la balastrada, a los que se refiere la reclamante, se realizaron para instalar unas arquetas para la evacuación de aguas pluviales y, si bien las obras estaban señalizadas mediante una cinta de balizamiento sujeta a vallas metálicas, la Administración titular de las mismas desconoce cuál era su estado el día del accidente, y si era o no de fácil acceso para los viandantes. Ahondando más en el estado de las obras, un acta de la policía

local de Aguilas pone en evidencia la existencia de un riesgo al indicar que los agujeros se encontraban al descubierto y, durante la mañana, la sombra de la valla les hacía pasar desapercibidos para los peatones, con el consiguiente peligro. En consecuencia, el Consejo Jurídico, al emitir el Dictamen 108/2003, consideró acreditado el nexo causal entre el servicio público de Puertos y los daños, toda vez que los agujeros para instalar las arquetas representaban un peligro para los viandantes, admitiendo la Administración el desconocimiento sobre el estado de la señalización el día del accidente. Quedaba así probado un funcionamiento anormal del servicio público regional por la situación de riesgo originada por las obras que se ejecutaban, convirtiendo el daño en antijurídico al no tener la reclamante el deber de soportarlo.

5.4. Responsabilidad del servicio de inspección técnica de vehículos.

El servicio de inspección técnica de vehículos es el origen de la reclamación de un usuario que solicita indemnización por los daños sufridos cuando cayó en un foso de trabajo de casi metro y medio de profundidad carente de barandilla u otra medida de seguridad, daños que, según dice, le imposibilitaron para el desarrollo de sus actividades habituales durante 60 días (Dictamen 185/2003). En el procedimiento instruido se probó que dicho reclamante sufrió el accidente en el interior de la nave donde están las instalaciones e instrumentos necesarios para el desarrollo de la inspección técnica de vehículos, en cuyo acceso se encontraban situados carteles prohibiendo la entrada a los usuarios. Este hecho impide imputar la responsabilidad patrimonial a la Administración, pues existe una reiterada doctrina jurisprudencial que sostiene la exoneración de la Administración cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la causa determinante del daño producido y, en el caso de dictamen, no puede imputarse a la Administración el desenlace dañoso ocasionado, derivado del infortunio o negligencia del reclamante que, al adentrarse en la nave a la que estaba prohibido su acceso, tropezó con el cerquillo de protección perimetral del foso, produciéndose los daños corporales que alega, pues la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización o a la actividad administrativa. El daño fue ocasionado, según se desprende del expediente instruido, por la negligencia de la propia víctima, que se manifiesta no sólo en el hecho de acceder a recinto prohibido, sino también en sufrir un tropiezo que se hubiera podido producir contra cualquier otro obstáculo de los que ordinariamente existen en instalaciones de ITV; que tal tropiezo se produjera contra el cerquillo de protección del foso revela que el accidente tiene su génesis en la distracción del propio interesado que, por lamentable que resulte, dadas las consecuencias del accidente, no ha lugar a que se repercuta sobre la comunidad. En igual sentido el Dictamen del Consejo de Estado 5.173/1997, de 27 de noviembre de 1997.

5.5. Responsabilidad en el ámbito general administrativo.

A) De los 7 dictámenes no encuadrables específicamente en un sector administrativo 3 se refieren a daños causados por obras públicas, siendo destacable, en primer

lugar, la doctrina expresada en el 78/2003, sobre la consulta no preceptiva al Consejo Jurídico en los casos de propuesta de declaración de finalización de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por desistimiento del reclamante, criterio asentado en lo establecido por los artículos 12.1 y 13 del Real Decreto 429/93 de 26 de marzo, aprobatorio del Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. En efecto, el citado artículo 12 establece que se remitirá al órgano consultivo “una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento”. Continúa el Dictamen citado diciendo que *“a este respecto hay que destacar que: a) la remisión al artículo 13 implica una propuesta de resolución sobre la pretensión de la reclamante (existencia o no de la relación de causalidad, valoración del daño causado, en su caso, etc.); b) en caso de desistimiento, la pretensión resarcitoria queda revocada por acto de contrario imperio de la interesada, salvo en el supuesto del artículo 91.2 “in fine” LPAC, que no concurre; y c) que, en estos casos, tampoco se está ante una finalización convencional del procedimiento, como exige el citado artículo 12, sino unilateral (que necesita de un acto meramente declaratorio de la Administración de tal finalización ex artículo 91.2 LPAC)”*. Por todo ello, el Dictamen del Consejo Jurídico no resultaba preceptivo.

Por su parte, el Dictamen 81/2003 tuvo que referirse, una vez más, a la eficacia del telegrama para interrumpir el transcurso del plazo de prescripción, aspecto ya estudiado en los Dictámenes 37/1999 y 10/2000, en los que se dejó dicho que el telegrama únicamente puede producir tales efectos interruptivos de la prescripción cuando reúne todos los requisitos para ser considerado escrito de iniciación del procedimiento de responsabilidad. Se recuerdan al respecto las siguientes palabras del Consejo de Estado: *“La virtualidad del telegrama en orden a producir los efectos interruptivos del plazo de prescripción pretendidos debe interpretarse conforme a las exigencias de la buena fe y de interdicción del abuso de derecho (artículo 7 del Código Civil), de forma que el telegrama preceda a una reclamación inminente o, por lo menos, deducida en tiempo razonable; sin que pueda resultar admisible que el telegrama pueda conceptuarse como instrumento para tener permanentemente abierta la vía para reclamar. De lo contrario, los plazos para reclamar por esta vía serán susceptibles de uso fraudulento”* (Dictamen 4.649/97). En cuanto al fondo del asunto, se reclamaba por daños sufridos al no poder recoger la cosecha por cerrar unas obras el acceso a la finca de los reclamantes, acceso que se realizaba a través de una rambla. Atendiendo a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que califica como dominio público hidráulico del Estado *“los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas”*, concepto en que resulta subsumible la rambla, y que, según exige el artículo 77.1 del referido texto legal, es preceptiva autorización para usar del cauce, hecho no probado por los reclamantes (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), se concluyó que quedaba excluida la antijuridicidad de los daños.

En el Dictamen 172/2003 se planteaba una reclamación por daños provenientes de actuaciones materialmente expropiatorias, y hubo de tratarse la doctrina sobre

el alcance del instituto de la responsabilidad, lo que se hizo, inicialmente, recordando el Dictamen nº 1.480/1997, de 29 de mayo, del Consejo de Estado, según el cual *“no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración, cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, prevista en el Ordenamiento jurídico, como son los eventuales efectos lesivos que se producen en el seno de una actuación expropiatoria. Ello es debido a la configuración del instituto jurídico de la responsabilidad objetiva de la Administración como una vía de resarcimiento solo utilizable cuando no hay otra de índole específica, y para que, como ya afirmara el dictamen núm. 54.319, de 5 de diciembre de 1990, “no pueda ser conceptualizado e interpretado como instituto de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria”, concluyendo que “todos aquellos daños que sean consecuencia directa e inevitable de la expropiación en sí misma considerada, deben entenderse compensados económicamente mediante el justiprecio, fijado por mutuo acuerdo o contradictoriamente en el propio expediente expropiatorio”.*

De modo análogo, el Tribunal Supremo ha considerado que la pretensión indemnizatoria fundada en dicha actuación no es una acción de resarcimiento de daños y perjuicios en sentido estricto, esto es, con fundamento en el artículo 139 LPAC, sino que arranca directamente del artículo 33.3 CE, por lo que no le es aplicable el plazo del artículo 142.5 LPAC, ya que, cuando se esté ante actuaciones materialmente expropiatorias realizadas con omisión de trámites esenciales del procedimiento establecido en la LEF, su nulidad radical impide la prescripción de la acción para solicitar la compensación por los bienes afectados, compensación que no es sino su justiprecio (SSTS, Sala 3ª, de 8-4-95, 28-11-96, 21-2-97, y 27-4-99, entre otras).

A las anteriores consideraciones no obsta el hecho de que los Tribunales, en ocasiones, y junto al derecho del reclamante al abono del justiprecio, le hayan reconocido el derecho a percibir una cantidad complementaria para resarcirle de los perjuicios que le hubiera causado la irregularidad en el modo de expropiar, al no haber pagado la Administración el justiprecio antes de la ocupación (supuesto ordinario) o haber consignado el depósito previo en casos de declaración de urgente ocupación (supuesto extraordinario); tal indemnización sí responde, según el TS, al concepto estricto de responsabilidad patrimonial ex artículo 139 LPAC, pero, por su carácter subsidiario al concepto principal del resarcimiento (el justiprecio por el valor de lo expropiado), cuando la reclamación se encuentre en sede administrativa, estos otros eventuales perjuicios deben ser fijados también por el Jurado de Expropiación.

B) Respecto a los restantes dictámenes cabe apuntar lo recogido en el 39/2003 sobre los problemas de interpretación que la expresión *“los particulares”*, del artículo 139.1 LPAC, pudo generar en el pasado en cuanto a la existencia o no de legitimación activa de los funcionarios públicos para reclamar indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración a la que sirven, problemas resueltos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina legal del Consejo de

Estado, en el sentido de considerar que la expresión “particulares” debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprenda a los ciudadanos que en el derecho administrativo reciben la denominación de administrados, sino también a las distintas Administraciones y a los funcionarios públicos cuando sufran lesión en sus bienes o derechos, como efecto del funcionamiento normal o anormal del servicio público, y esa lesión carezca de sistema específico para ser indemnizada. En definitiva, se trata de evitar que una persona, pública o privada, haya de soportar la lesión o daño antijurídico producida por el funcionamiento de los servicios de la Administración Pública.

6. CONCLUSIONES.

La reseña que ahora concluye ha tratado de exponer una panorámica general sobre las ramas de la actividad administrativa regional que generan reclamaciones por responsabilidad patrimonial, acudiendo también a la cita de los concretos casos en que se ejemplifica la queja que la reclamación contiene y el sentido del Dictamen. Su principal finalidad consiste en la aportación que se pretende con esta publicación: dar noticia de la actividad de los diferentes Consejos, que pudiera ser de interés para el conjunto de los titulares de los órganos consultivos en el ejercicio de su labor. Pero también pudiera ayudar a los titulares de los órganos directivos de las diferentes administraciones regionales para analizar con detalle las pautas habituales de prestación de los servicios y eliminar los mayores riesgos que produce un insuficiente cumplimiento de las obligaciones administrativas.

Si bien es cierto que la doctrina y jurisprudencia admiten la existencia de riesgos generales de la vida de los que la Administración no puede hacerse responsable, so pena de agrandar el sistema de responsabilidad hasta extremos providencialistas, también es cierto que nuestro artículo 139.1 LPAC hace responsable a la Administración de los riesgos generados por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos, lo que implica imputar al ente las consecuencias de los daños sufridos por los particulares a causa de los riesgos inherentes al funcionamiento mismo del servicio público. Si a tal riesgo se acumula el que procede de la incorrecta prestación del servicio, la situación ofrece, a nuestro juicio, dos líneas de actuación intensiva que todos los servicios públicos debieran mantener. Por un lado, la de cuidar la formación del personal y establecer protocolos de actuación estrictos que permitan garantizar el *normal* funcionamiento de tales servicios. Y, por otro lado, la de planificar la actividad preventiva para eliminar, en la medida de lo posible, los riesgos inherentes a cada servicio, en una constante mejora de calidad de las prestaciones.

La existencia de riesgos en distintas facetas de la actividad humana ha venido propiciando la reacción de sus protagonistas, de las instituciones públicas y del ordenamiento jurídico para neutralizar, en la medida de lo posible, la existencia de los mismos y paliar sus efectos dañosos, en una actitud que tiende a incrementar la protección de bienes jurídicos tan esenciales como la vida o integridad física y el patrimonio de los ciudadanos. Así la Administración, que dispone de potestad para sancionar la producción de daños ocasionados por riesgos causados

por otros, como los laborales, debiera adoptar, respecto a sus propios servicios, actitudes de la mayor vigilancia y prevención, desarrollando las características de una Administración previsor, cualidad que, quizás, se encuentre hoy no suficientemente valorada.”

Dictamen 13/2003, de 18 de febrero.

Anteproyecto de Ley del Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

ANÁLISIS DEL TÍTULO COMPETENCIAL Y DEL MARCO NORMATIVO

14. El examen del título competencial que otorga fundamento a la iniciativa no reviste especial complejidad.
15. Son dos, como expresamente recoge la exposición de motivos, los títulos competenciales habilitantes de la futura norma: por un lado, el art. 10. 2 EAPV que atribuye a la CAPV la competencia exclusiva en materia de “organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno dentro de las normas del presente Estatuto” y, por otro, el art. 10. 6 EAPV que atribuye, con idéntico carácter exclusivo, competencia en “normas procesales y de procedimiento administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de las especialidades de la organización propia del País Vasco”.
16. En orden al alcance del ámbito competencial, de acuerdo con la doctrina del TC (entre otras SSTC 15/1989, de 26 de enero, FJ 7; STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32; STC 98/2001, de 5 de abril), las CCAA ostentan plena competencia para establecer el iter procedimental de elaboración de sus normas.
17. En efecto, así se reconoció expresamente en la citada STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 7º, al señalar que la competencia que ostenta el Estado para establecer el procedimiento administrativo común (art.149.1.18 CE), no alcanza al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de las CCAA, procedimiento especial, respecto del que éstas ostentan competencia exclusiva.
18. Esta doctrina sobre la competencia autonómica en materia de “procedimientos administrativos especiales” descansa en la distinción que realiza el Alto Tribunal entre “*procedimiento administrativo común*” y “*procedimientos “ratione materiae”*”.
19. El primero, según doctrina del Tribunal Constitucional, se refiere a los principios o normas que definen la estructura general del “iter” procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, así como a la determinación de la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecu-

- ción de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento.
20. El segundo, por su parte, definiría una competencia conexa o adjetiva a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostenten para regular el régimen sustantivo de una actividad, de tal suerte que “... *cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias* “ (por todas, STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32).
21. En nuestro análisis, empero, no cabría hablar en puridad de una competencia “*ratione materiae*” pues lo que el anteproyecto establece es el cauce procedimental para que el Gobierno Vasco (en su dimensión de poder ejecutivo del País Vasco, art. 24.1 EAPV) ejerza su facultad de iniciativa legislativa y su potestad reglamentaria, en abstracto. No obstante, siendo ambas funciones inherentes a la naturaleza misma del poder ejecutivo autonómico, ninguna duda se proyecta sobre la competencia de la CAPV para aprobar una norma que regule el cauce para ejercer ambas facultades.
22. Y, en orden a la identificación de los límites que para el ejercicio de dicha competencia pudieran derivar de la que ostenta el Estado para fijar el “procedimiento administrativo común” (con el contenido antes descrito), es de ver que aquél no ha establecido regla alguna al respecto; opción que adquiere cabal sentido si se tiene en cuenta que en el procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general la regla que podría subsumirse pacíficamente en el ámbito estatal resulta, en realidad, de aplicación directa a todos los poderes públicos sin necesidad de la intervención del legislador.
23. En efecto, el art. 105 a) CE determina que la Ley regulará “... La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”.
24. La doctrina conecta el art.105 CE con otros preceptos constitucionales que comparten un mismo sustrato teleológico: abrir espacios a la participación ciudadana como plasmación del principio democrático. Así, sin ánimo exhaustivo, en el ámbito de los medios de comunicación social de titularidad pública (art. 20.3 CE), la educación con fondos públicos (art. 27.7 CE), la justicia (art. 125 CE), o la planificación económica (art. 131 CE).
25. En efecto, el art.105 persigue el diseño de una administración democrática a cuyo efecto garantiza que en el proceso de formación de la voluntad para el ejercicio de la potestad reglamentaria (apartado a) y en el dictado de actos

- (apartado c) participen los ciudadanos afectados en la forma que establezca la ley. Se configura, así, una Administración dialogante que tiene a los ciudadanos por interlocutores naturales en el desarrollo de su actividad, lo que le permite una mejor comprensión de las necesidades e intereses presentes en dicha actividad.
26. En palabras del Tribunal Constitucional, “ La audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente está prevista por el texto constitucional (art. 105 a) y c), que defiere su configuración a la Ley, tanto aquella que en el nivel estatal regula el procedimiento común ordinario o los especiales, como las normas producidas en su ámbito por las Comunidades Autónomas para los suyos propios, entre ellos, el de elaboración de disposiciones generales que responde al significado semántico, primero y principal de la autonomía en la acepción estricta de la palabra. Se trata, pues, de un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como de una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (artículos 1, 31.2 y 103 CE)”. (STC 102/1995, de 26 de junio).
27. En suma, el art. 105 a) CE constituye la fijación por el constituyen-
- te de un mandato vinculante tanto para el legislador estatal como autonómico que fuerza el establecimiento de un trámite de carácter esencial y preceptivo para articular en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas la participación ciudadana.
28. Por tanto, en este punto, el anteproyecto es la “ley” que regula dicha audiencia, resultando asimismo concreción del deber de facilitar la participación de todos los ciudadanos que pesa sobre los poderes públicos vascos (art.9.2.e) EAPV).
29. Desde la perspectiva de la distribución competencial en el interior de la Comunidad Autónoma, esto es, entre las Instituciones Comunes, los Territorios Históricos y los Entes locales, se ha producido una variación entre el primer texto del anteproyecto y el sometido finalmente a dictamen en la forma de contemplar a las Instituciones Forales.
30. El primer texto incluía a las Diputaciones Forales dentro de su ámbito de aplicación, mientras que en el que ahora se dictamina se ciñe a los proyectos de ley y disposiciones de carácter general que elabore el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma.
31. La aplicación a las Diputaciones Forales se contempla ahora en la Disposición Adicional Cuarta constreñida a “los principios que derivan de la regulación contenida en esta Ley, en función de las especificidades formales y materiales que caracterizan sus nor-

- mas” (fórmula en la que se advierte que ha sido tomada en cuenta la singularidad de la norma foral frente al decreto o la orden foral).
32. En un acercamiento abstracto a la cuestión, la CAPV, en virtud de la competencia en materia de “procedimiento administrativo” de la que es titular (art. 10.6 EAPV) podría establecer “normas de procedimiento común” (en el sentido que para esta expresión hemos acotado más arriba) de aplicación en la elaboración de las disposiciones generales forales, teniendo presente, claro está, el artículo 37 EAPV -número 3 apartados a) a e)- que contiene y preserva lo que se ha denominado “núcleo intangible de la foralidad” y el artículo 7 a) 1 de la LTH que, en coherente sintonía con la previsión estatutaria, recoge la competencia de los Territorios Históricos para establecer la organización, régimen y funcionamiento de sus órganos.
33. No obstante, el anteproyecto, según lo expuesto, ha optado por no establecer ninguna “norma de procedimiento común” y tal alternativa, a juicio de la Comisión, se encuentra dentro del ámbito de libre configuración del legislador.
34. En efecto, conforme a lo antes señalado, la única regla que con carácter imperativo delimita dicho ámbito es la obligada fijación de un cauce para articular la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos que deriva del artículo 105 a) CE. Pero, al ser éste de directa aplicación a todas las Administraciones públicas (en relación a la producción normativa de las Diputaciones Forales, entre otras, STS 14.05.98 [Ar. 6445]), la solución del anteproyecto entra dentro de las opciones posibles.
35. Y, en lo que se refiere al procedimiento como instrumento de la norma racional (acertada y legal), principio incardinado -según luego se analiza con detenimiento- en el art. 9.3 CE, es lo cierto que, como corresponde a su carácter de principio, admite distintos “iter” procedimentales igualmente conformes con el mismo.
36. Por tanto, la solución del anteproyecto (sin perjuicio de su concreta plasmación en el texto que se examina en los párrafos 193 y 194 de este Dictamen) merece, en opinión de la Comisión, una valoración positiva: de acuerdo con la actual distribución interna de competencias entre las Instituciones Comunes y los Territorios Históricos en la materia afectada por la iniciativa, el anteproyecto establece una de las alternativas posibles .
37. En orden a los entes locales, el anteproyecto no contiene referencia alguna; de ahí que pueda afirmarse que opta implícitamente por mantener la sistemática tradicional en ese punto: el procedimiento para elaborar las disposiciones de carácter general de los citados entes se incluye en la normativa local.
38. Hoy, como es sabido, el citado procedimiento se encuentra recogido en los artículos 49 y 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y 56 del Texto Refundido de

las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril.

mento idóneo al servicio del principio de interdicción de los poderes públicos consagrado en el art. 9.3 CE.

39. Por tanto, el proyecto parece optar tácitamente por diferir la cuestión al momento en que la CAPV ejerza la competencia del art. 10. 4 EAPV en materia de régimen local. Siendo esto así, la omisión de ese ámbito de regulación en el anteproyecto encuentra una justificación razonable.

43. El anteproyecto conecta, por tanto, con una amplia doctrina científica que, en síntesis, vincula el procedimiento de elaboración de las normas con la noción misma del Estado social y democrático de Derecho. En esta tesis, la norma elaborada con arreglo a un cauce tasado que incentive la reflexión contribuirá a la obtención de un producto normativo racional.

ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO

Consideraciones generales: las opciones normativas del anteproyecto.-

40. Antes de abordar el examen del articulado conviene examinar cuáles han sido las líneas maestras que estructuran el anteproyecto.

44. El procedimiento no es, en efecto, ni el único elemento (ni, tal vez, el más importante) para garantizar la racionalidad de la norma, pero en la medida en que aquél impone un proceso de reflexión contribuye, sin duda, a la consecución de ésta.

41. En primer término, la idea rectora que ha guiado su redacción, conforme adverte el expediente y recoge, en forma sintética, la exposición de motivos, es la concepción del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general como instrumento para obtener “normas racionales”; esto es, normas bien fundadas, articuladas con una técnica jurídica idónea que permita alcanzar los objetivos que, en cada caso, se persigan con su dictado.

45. En punto al derecho positivo, dicha doctrina identifica en la plena sumisión de la entera actividad de la Administración Pública a la Ley y al derecho que establece el art.103 CE -irradiación del principio de legalidad consagrado en el art.9.3 CE-, así como en la exigencia de un procedimiento para elaborar disposiciones administrativas que, según hemos razonado, deriva del art.105 a) CE, la necesidad de esa reflexión previa al dictado de las normas como mecanismo preventivo de la actuación arbitraria.

42. Así, el anteproyecto asume como premisa esencial que la racionalidad de la norma depende, en buena medida, del procedimiento seguido en su elaboración. Éste habrá de garantizar la reflexión previa, erigiéndose, así, en instru-

46. Esta perspectiva se cierra con la conexión de la exigencia de un procedimiento para elaborar normas reglamentarias también con el art. 106.1 CE por ser aquél garantía

para permitir el control externo de la actividad de la Administración por los jueces y tribunales.

47. En igual sentido, la doctrina jurisprudencial reciente (por todas, STS de 13 de noviembre de 2000), al hilo del análisis de la aplicación de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, LGE) viene destacando la doble función que cumple el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.
48. Por un lado, como garantía “ad extra”, en la que se inscribirían la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, prevista en el art. 24.1 c) LGE, así como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria y, por otro, como garantía interna, encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, vertiente en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el art. 24 1 b) LGE.
49. En segundo lugar, en este examen del planteamiento general del anteproyecto, se observa que éste constriñe su ámbito a la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.
50. No contiene, en consecuencia, precepto sustantivo alguno sobre la facultad de iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria del Gobierno. No procede a integrar en su contenido aquellos preceptos de la normativa autonómica que, aunque en forma parcial, abordan esa regulación (en especial, el Capítulo II (Del Procedimiento de Elaboración de Anteproyecto de Ley y Normas Reglamentarias) y el Capítulo III (De la Potestad Reglamentaria) del Título VII de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno (en adelante, LG)).
51. En este punto cabría decir que el anteproyecto es poco ambicioso o, si se prefiere, que preserva la actual situación normativa y evita la modificación de la LG y la integración en el nuevo producto normativo de los aspectos de aquélla directamente conectados con su ámbito de regulación.
52. Ahora bien, en tanto el deslinde entre el contenido sustantivo de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria -que permanece en la LG- y el contenido adjetivo -procedimiento de elaboración- no reviste especial complejidad, la solución escogida no plantea problemas en orden a la correcta integración de la futura norma en el ordenamiento autonómico.
53. En tercer lugar, el anteproyecto contempla de forma unitaria el procedimiento para elaborar proyectos de ley y normas reglamentarias, retomando el enfoque que del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general había adoptado la LPA (arts. 129 a 134) y del que, sin embargo, se han separado otras leyes recientes sobre la misma materia (entre otras, LGE -arts 22, 23 y 24-).

54. Esta opción por un procedimiento unitario encuentra fundamento - según expresa la memoria y recoge la exposición de motivos- en la ausencia de razón para no someter la elaboración de los proyectos de ley al mismo proceso de reflexión previa que se exige para las normas reglamentarias. O, en otras palabras, lo que resulta adecuado para garantizar el acierto y corrección de la producción reglamentaria será asimismo idóneo para los proyectos de ley, sin perjuicio de que el anteproyecto se detenga - claro está- en el ámbito de decisión del ejecutivo, sin interferir en el procedimiento legislativo *stricto sensu* regulado en el Reglamento de la Cámara.
55. No obstante, como luego se razona al examinar el articulado, la forma de plasmar esa opción en el texto suscita problemas, pues siendo cierta la identidad de razón que subyace en la decisión de uniformar el proceso de elaboración de los proyectos de ley y de las normas reglamentarias también lo es que ambos son el resultado de facultades distintas cuyo ejercicio desemboca en productos normativos diferentes.
56. No procede, a juicio de la Comisión, abordar con exhaustividad los motivos y consecuencias de esa diferencia, pero sí al menos dejar enunciados algunos de sus contornos.
57. En orden a la naturaleza de la iniciativa legislativa del Gobierno, no cabe olvidar su neto carácter político (“... no toda actuación del Gobierno, cuyas funciones se anuncian en el art. 97 del texto Constitucional, está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución”) (STC 45/1990, de 15 de marzo).
58. Dicha doctrina, como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 196/1990, de 29 de noviembre), resulta de aplicación a las relaciones entre los ejecutivos autonómicos y las correspondientes Asambleas Legislativas pues, obvio es, que aquéllos poseen la doble naturaleza (política y administrativa) fundamento del análisis del Alto Tribunal, tal y como se desprende de la regulación que del Gobierno Vasco contiene el Capítulo II del Título II del EAPV completada por la LG.
59. La delimitación del ámbito propio de la Ley y el reglamento en nuestro vigente ordenamiento es uno de los temas más debatidos por la doctrina al estar, esa operación delimitadora básicamente condicionada por los distintos acercamientos doctrinales al sentido y alcance del principio de legalidad (vinculación positiva y/o negativa).
60. Con todo, estima la Comisión innecesario analizar con detenimiento la cuestión y considera que para su

examen basta recordar, en orden a la diferencia del producto normativo fruto del ejercicio de una u otra facultad, que “...*El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera “de acuerdo con la Constitución y las Leyes” (art.97 CE)*” (entre otras, STC 209/1987, de 22 de diciembre). En efecto, el legislador posee una libertad de configuración (con el límite exterior de la Constitución) que permite una pluralidad de soluciones legislativas, mientras que el normador reglamentario dispone de un campo de actuación previamente acotado por la ley.

61. Es cierto que la diferencia que analizamos puede, según la perspectiva de análisis que se adopte, no ser relevante (v.g. cuando del análisis de los ámbitos competenciales se trata: “*la distinción entre ley y reglamento acentúa los perfiles en el terreno de eficacia de los instrumentos de control, pero pierde importancia cuando se contempla desde la perspectiva de la regulación unitaria de una materia, que es la que tiene presente el constituyente al reservar al Estado la legislación laboral...*” STC 18/1982).
62. Sucede, sin embargo que, en orden al distinto juego que el procedimiento de elaboración tiene para cada figura (ley y reglamento), la distinción recobra su importancia.
63. No sólo en orden al control de uno y otro producto normativo (arts 106. 1 y 161 l a) CE), sino que, tal y como ya se ha apuntado, con

carácter general, mientras el proyecto de ley, de convertirse en ley, quedará blindado respecto de los posibles defectos que hubieran podido producirse en su fase de elaboración por el ejecutivo, el defecto en la tramitación de la norma reglamentaria podrá tener importantes consecuencias en orden a su validez.

64. En efecto, según constante doctrina constitucional (por todas, STC 97/2002, de 25 de abril) incluso la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo sólo viciará de inconstitucionalidad la Ley cuando tal inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras.
65. De ahí que, como luego se razonará, estima la Comisión que, sin prejuzgar la idoneidad del propósito de la iniciativa en este punto (extender a los proyectos de ley la exigencia de una reflexión previa), la diferencia entre éstos y los proyectos de reglamento reclama un reflejo más preciso en el anteproyecto.
66. En cuarto lugar, en el examen de las alternativas sustantivas, el anteproyecto opta por contemplar el procedimiento en un sentido abierto. Esto es, establece el iter básico que se plasmará, en cada caso, en los trámites que sean necesarios atendiendo a las características de la concreta iniciativa normativa que se proyecte.
67. En la fase de alegaciones esa opción ha sido objeto de crítica por varios de los Departamentos

- consultados que reclamaban una mayor concreción sobre el número, la forma y el orden en que debían cumplirse los trámites contemplados.
68. Sin embargo, sin perjuicio de las consideraciones puntuales que se realizan al analizar el articulado, comparte la Comisión la razón aducida por el órgano proponente de la iniciativa al valorar las alegaciones formuladas por los Departamentos: una regulación más detallada y cerrada de los trámites que contempla el anteproyecto se compadece mal con el rango legal proyectado.
69. Y, asimismo, la flexibilidad con que el anteproyecto contempla el procedimiento aparece en plena sintonía con el entendimiento de éste no como un fin en sí mismo sino -según lo antes expuesto- como garantía de la inexcusable reflexión previa, por definición diferente en cada supuesto y condicionada por las características del caso, en tanto aquella sólo será correcta si es adecuada a éste.
70. Como esta Comisión ha señalado en forma tan reiterada que excusa su cita, si se orilla el entendimiento del procedimiento como mero cumplimiento del rito o la forma y se acoge -como hace el anteproyecto- su carácter instrumental al servicio del principio de interdicción de la arbitrariedad, el procedimiento de elaboración de las normas deberá estar integrado por los trámites que en cada caso se revelen necesarios para permitir, no cualquier reflexión, sino la necesaria para garantizar su acierto y legalidad, dando así cabal cumplimiento al principio de eficacia (art. 103 CE).
71. Ese entendimiento material del procedimiento supone que se concretará en los trámites necesarios para contestar a las tres preguntas (por qué debe dictarse la norma, cuál es su finalidad y cuál ha de ser su contenido para conseguir ésta) que sintetizan el fundamento objetivo de la concreta iniciativa de que se trate.
72. De ahí que la flexibilidad del procedimiento para elaborar normas, se erija, a la postre, en exigencia de la propia factibilidad del anteproyecto que, sin duda, padecería si estableciera con rigidez un procedimiento “tipo” a seguir en todo caso.
73. Las precedentes consideraciones sobre la corrección de las opciones básicas que estructuran el anteproyecto no obstan, empero, para que la Comisión formule sugerencias encaminadas a una mejor plasmación en el texto definitivo de dichas opciones.
- El rango**
74. Al contener el anteproyecto previsiones relativas a la iniciativa legislativa del Gobierno (art. 27.4 EAPV) y ser -según lo expuesto- desarrollo del art. 105 a) CE, el rango de Ley propuesto es el adecuado.
- El articulado.**
- Cuestión previa.**
75. Antes de abordar el examen del texto debemos realizar una consi-

deración preliminar dirigida a precisar el alcance del análisis.

76. El Dictamen contiene consideraciones pertenecientes a esa vertiente de la función consultiva de esta Comisión (por todos, DCJA 39/1999) que suele denominarse función preventiva y que se traduce en la formulación de sugerencias con la finalidad de coadyuvar a la mejora de la calidad técnica del producto normativo.
77. Como es habitual, cuando su dictamen versa sobre un anteproyecto de ley, las sugerencias de la Comisión persiguen, en síntesis, bien mejorar la propia coherencia interna de la futura norma y su inserción en el ordenamiento autonómico, bien identificar nuevos contenidos o modulaciones del texto que, a juicio de la Comisión, pueden contribuir a obtener una regulación más acabada, siempre tomando como parámetro la finalidad y objetivos que, conforme advere su tramitación, hayan inspirado la elaboración del anteproyecto.
78. Además, en este caso, concurre una circunstancia que cualifica (por hacerla más intensa) esa función preventiva: el anteproyecto aprehende como “materia normativa” el procedimiento para elaborar productos normativos y este es un ámbito sobre el que la Comisión se ha pronunciado en sus dictámenes; habiendo advertido desde el inicio de su trabajo de la “precariedad” de la regulación autonómica sobre el procedimiento de elaboración de normas (situación que se agravó con la

derogación de los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (en adelante, LPA) por la LGE), así como de la necesidad de contar con una herramienta para elaborar normas acorde con las exigencias propias de una Administración moderna.

79. Por ello, en este caso, la función auxiliar de la Comisión es especialmente intensa (así, vgr. en el examen de la audiencia), lo que obliga a reiterar que las sugerencias (así identificadas en el dictamen) tienen ese exclusivo carácter y que, como tales juicios de perfectibilidad, deben ser valorados por el órgano redactor de la iniciativa.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULOS 1 Y 2.

80. En orden a la delimitación de las cuestiones generales -objeto y ámbito de aplicación-, el artículo 1 acota el objeto de la Ley en los siguientes términos “*La presente Ley tiene por objeto el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general*”. El artículo 2 delimita el ámbito de aplicación señalando que la ley “... *se aplica a las disposiciones de carácter general que elaboran el Gobierno Vasco y la Administración de la Comunidad Autónoma*” y,
81. Como sugerencia, se somete a la consideración del órgano proponente si, tras suprimir la mención a las Diputaciones Forales que figu-

raba en el artículo 2 del primer texto (cuando se incluía a los órganos forales en el ámbito de aplicación directo de la futura norma), tiene sentido mantener los dos artículos o si, como estima la Comisión, podrían refundirse en uno solo, toda vez que ahora objeto y ámbito coinciden.

82. Para ello, bastaría con precisar en el artículo 1 que la Ley tiene por objeto el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general que elabora el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma.
83. Asimismo, la Comisión estima conveniente sugerir otra modificación del concreto tenor literal de estos artículos pero, en tanto es resultado del análisis del artículo 3 y se explica y razona en el examen de éste, la propuesta se realiza en los párrafos 104 y 105 de este Dictamen.

ARTÍCULO 3.

84. Este precepto completa la delimitación del ámbito material con la definición del término “*disposición de carácter general*” y la enumeración de los supuestos de exclusión (total o parcial).
85. En su apartado 1 acoge una definición dogmática de lo que ha de entenderse por disposición de carácter general (apartado 1) suma de la vertiente material (“... *las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, contengan normas jurídicas que innoven el ordenamiento jurídico...*”) y la vertiente formal (“... *y adopten la*

forma de Ley, Decreto-Legislativo, Decreto u Orden”).

86. Esta definición plantea la necesidad de realizar una consideración liminar.
87. El concepto material de disposición de carácter general que propone el texto es el utilizado por cierta doctrina en el intento de sentar los criterios para identificar cuándo se está ante un reglamento y cuándo no; cuestión que, al decir de esa misma doctrina, es una de las más complejas y arduas que tiene pendiente la ciencia del Derecho.
88. Este origen de la definición revela su difícil aplicación a las leyes y normas con rango de ley (más concretamente, a los decretos-legislativos, mención cuya inclusión en el precepto, atendiendo al contenido del art. 52 LG debería, a juicio de la Comisión, reconsiderarse).
89. A las normas de rango legal les basta su *veste* formal para ser consideradas como tales, no ha de indagarse en su contenido. Y, asimismo, la aplicación del ámbito subjetivo previamente acotado, revela cierta disonancia, pues ni las leyes, ni los decretos-legislativos son, en puridad, elaborados por el Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma.
90. Por otro lado, en orden a la inserción de la iniciativa en el ordenamiento, es de ver que ésta viene a “completar” la LG (v.g. para los proyectos de ley concreta “los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos” a que se

refiere el art. 57.1 LG, mientras que para los reglamentos establece el procedimiento al que ha de ajustarse el titular de la potestad reglamentaria su elaboración). Y, la LG diferencia los anteproyectos de ley (arts. 55 y 56), los proyectos de ley (arts. 26. 8, 57 y 58) y las disposiciones administrativas de carácter general -voz que reserva en exclusiva para las normas producto del ejercicio de la potestad reglamentaria (arts. 26. 4 y 60) a las que también denomina “normas reglamentarias” (arts 62, 63 y 64) -. Diferencia que, ya en fin, encuentra también apoyo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP cuyo art. 62.2 reserva el término disposiciones administrativas para las normas reglamentarias así como (en la perspectiva de mejora de la coherencia interna del texto) la propia opción del anteproyecto que debe rescatar las voces “*anteproyecto de ley*” y “*proyecto de ley*” en su Capítulo III, Disposiciones Especiales.

91. Todo lo cual permite a la Comisión señalar la conveniencia - si no necesidad- de rescatar la expresión “proyecto de ley” y reservar la locución “disposiciones de carácter general” para los proyectos de reglamento.
92. Reconducida la definición que propone el artículo 3.1 del anteproyecto a su ámbito natural (los productos reglamentarios) es de ver que, entre las diferentes tesis sobre los elementos definidores del carácter normativo de los reglamentos, aquél opta por la que ve en su potencialidad para crear “derecho” su nota distintiva, en tanto las

notas de generalidad, abstracción y carácter imperativo que concurren en las normas no serían por sí solas definitorias de éstas, al concurrir también en los denominados actos aplicativos generales (lo que el anteproyecto denomina “actos administrativos genéricos”).

93. En esa perspectiva (reglamento *versus* acto) es cierto que la opción del anteproyecto es la más acertada por ser la más extendida jurisprudencial y doctrinalmente.
94. Distinto juicio merecen a la Comisión los apartados 3 y 4 del artículo.
95. El apartado 3 excluye a “las instrucciones que se dicten a fin de facilitar la aplicación de disposiciones de carácter general”, si bien establece la exigencia de que sean objeto del informe jurídico a que se refiere al artículo 7.3.
96. El término “instrucción” tiene en nuestro ordenamiento un sentido polivalente que designa a auténticas normas reglamentarias junto a disposiciones y actos que dictan los órganos administrativos para dirigir la actividad de los órganos jerárquicamente dependientes (art. 21 LRJAP), así como a disposiciones y actos dictados por determinados órganos u entes administrativos en el ámbito de las denominadas relaciones de sujeción especial.
97. La instrucción a que se refiere el precepto (definida por su finalidad “facilitar la aplicación de disposiciones de carácter general”) podría pertenecer a cualquiera de los tres tipos señalados y, por tanto, respecto de las que puedan tener un

- contenido reglamentario, conforme al sentido que alienta el anteproyecto, la exclusión no sería correcta.
98. Por otro lado, la configuración de un régimen específico para las instrucciones que carezcan de contenido reglamentario es posible pero no parece que el lugar para contemplarla sea precisamente el artículo destinado a delimitar el ámbito objetivo de aplicación del anteproyecto.
99. Por ello, a juicio de la Comisión, podría reconsiderarse el tenor literal del apartado así como su actual ubicación sistemática; traslado que también se dibuja adecuado para el apartado 4, ya que los reglamentos de funcionamiento interno de los órganos colegiados a que se refiere, no son disposiciones de carácter general, conforme a la definición del apartado 1.
100. No obstante, esta Comisión comparte la preocupación del órgano proponente por delimitar correctamente el ámbito objetivo de aplicación del anteproyecto con una fuerza expansiva innegable sobre la producción normativa (uno de los ámbitos más importantes de la actividad del ejecutivo) al establecer el procedimiento de elaboración de todas las normas reglamentarias que dicte el Gobierno Vasco así como de los proyectos de ley que apruebe.
101. Por ello, a fin de mejorar el ensamblaje de la futura norma en el ordenamiento jurídico, la Comisión sugiere que se estudie la conveniencia de incluir una excepción dirigida a “extraer” del ámbito de aplicación la elaboración de aquellos proyectos de ley y de normas reglamentarias que tengan establecido un procedimiento específico en normas con rango de Ley (en el primer ámbito, el de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi o el de la Ley de Aportaciones serían casos paradigmáticos, mientras que en el reglamentario, los diferentes instrumentos planificadores -normalmente con un iter específico establecido en norma de rango legal- vendrían a cumplir la excepción).
102. Con esta sugerencia se pretende dejar fuera del procedimiento de elaboración de disposiciones que establece la iniciativa los proyectos de ley y de reglamento que tengan establecido en una norma con rango de ley un procedimiento específico, sin perjuicio del posible juego supletorio del que establece el anteproyecto (convertido, así, en una suerte de “procedimiento común” de elaboración de proyectos normativos).
103. Conforme a lo hasta aquí razonado, la Comisión somete a la consideración del órgano proponente si, indubitada la importancia que tiene la delimitación del ámbito objetivo del anteproyecto, tal delimitación no se alcanzaría en forma más depurada y coherente con el rango legal de la iniciativa, distinguiendo los proyectos de ley de los proyectos de reglamento y delimitando con mayor precisión las exclusiones totales y parciales.
104. En la labor de colaboración para la mejora de la iniciativa, se sugiere

para los actuales artículos 1, 2 y 3 el siguiente contenido o similar:

Artículo 1 (objeto y ámbito de aplicación)

1.- Esta ley se aplica a los proyectos de ley y disposiciones de carácter general que elaboran el Gobierno Vasco y la Administración de la Comunidad Autónoma.

2.- Los proyectos de ley y las disposiciones generales que tengan establecido en norma con rango de ley un procedimiento de elaboración específico se elaboran conforme a éste, sin perjuicio de la aplicación supletoria de lo establecido en esta Ley.

Artículo 2 (concepto)

1.- A los efectos de esta Ley, se entiende por disposición de carácter general la que, cualquiera que sea la materia sobre la que verse, contenga normas jurídicas que innoven el ordenamiento jurídico.

2.- No tienen tal consideración los actos administrativos genéricos que afecten a una pluralidad de destinatarios determinados o determinables, que se agoten con una sola aplicación, o que den lugar a otros actos de ejecución cuyo contenido esté completamente pre-determinado por aquéllos, aunque emanen de los mismos órganos y revistan la misma forma que las disposiciones de carácter general.

105. Por lo expuesto, se sugiere la supresión de los actuales apartados 3 y 4 del artículo 3, sin perjuicio de su posible reubicación sistemática con el contenido razonado.

CAPÍTULO II. PROCEDIMIENTO

SECCION PRIMERA. INICIACIÓN

ARTÍCULO 4

106. Este artículo dispone que en todo caso el órgano competente para iniciar el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general será la “persona que es miembro del Gobierno”.

107. La citada locución parece fruto de la decisión de redactar el texto siguiendo las directrices de uso no sexista del lenguaje.

108. Sin embargo, conforme a la LG, la facultad de los Consejeros y Consejeras para proponer al Gobierno la aprobación de proyectos de Ley o de decretos así como la de dictar disposiciones administrativas generales se anuda a la titularidad de un Departamento (art. 26 2, 3, 4 y 8), por lo que se advierte la desarmonía entre la norma adjetiva (que da entrada al Consejero/Consejera sin cartera) y la sustantiva. Se sugiere la búsqueda de otra locución cuya inserción en el ordenamiento autonómico sea más correcta.

109. El mensaje normativo del precepto, limitado a identificar el órgano competente para dictar la Orden de inicio, permite, siguiendo lo ya apuntado, una interpretación conforme con posibles atribuciones en normas legales sustantivas de la

potestad reglamentaria. Pero, conviene someter a la consideración del órgano proponente la conveniencia de condicionar la atribución funcional de esa competencia a que no se establezca otra cosa en Ley (tal y como se hace al contemplar la posible intervención de dos o más Consejeros).

ARTÍCULO 5.

110. Los cuestionarios de elaboración de las disposiciones de carácter general a que se refiere el apartado 2 de este artículo tendrán un ámbito más amplio que el de la Orden de inicio del procedimiento, por lo que se sugiere reconsiderar la ubicación sistemática del apartado.

111. A tal fin, sugiere la Comisión que se valore la posibilidad de agrupar en un solo precepto (que por su contenido parece propio de una Disposición Adicional -conforme a la sistemática del texto, la tercera-) la competencia del Gobierno para aprobar cuestionarios de elaboración, directrices de técnica normativa así como, en su caso, directrices para garantizar el uso no sexista del lenguaje (contenido que ahora no figura, aunque bien pudiera entenderse incorporado en el de las directrices de técnica normativa).

SECCIÓN SEGUNDA. INSTRUCCIÓN.

ARTÍCULO 7.

112. Sobre el contenido del precepto, la Exposición de Motivos dice que la futura ley "...exige, igualmente, que se soliciten y emitan los informes y dictámenes que sean pre-

ceptivos de acuerdo con la legislación aplicable a cada caso. A continuación, se regula la aprobación de la norma y se determinan los documentos que en todo caso deben acompañarla para que tal decisión cuente con todos los elementos de juicio necesarios".

113. El apartado 1 del artículo contiene la única mención al trámite de aprobación previa que se realiza en el texto. A juicio de la Comisión, sin embargo, sería conveniente una mayor precisión sobre su alcance y sentido (lo que permitirá, a su vez, clarificar su relación con la toma en consideración del artículo 13).

114. La previsión del apartado ("antes de evacuar los trámites de audiencia y consulta que procedan, los proyectos...se someterán a los trámites de...y de informe que son preceptivos") es disonante con la del artículo 11 ("los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulen dicho trámite").

115. Es cierto que la Disposición Adicional Segunda permite pensar que el artículo 11 se refería a un único informe -el de esta Comisión-, pero su formulación en plural impide dicha interpretación. Por ello, la contradicción advertida debe ser resuelta, sin que la Comisión encuentre una forma de hallar una interpretación conforme con el actual literal de ambos preceptos.

116. El apartado 2 del precepto hace expresa mención a los trámites

preceptivos derivados de la concreción realizada por el legislador del derecho de negociación colectiva (art.37 CE).

117. Comparte la Comisión la necesidad de destinar en el anteproyecto un precepto para señalar con claridad que en el procedimiento, además de los trámites que aquél establece con carácter general, deberán realizarse aquéllos que, por aplicación de otras previsiones normativas y en razón de la materia, resulten preceptivos.
118. Ahora bien, dada la vocación de permanencia de la futura ley, parece a la Comisión que la finalidad “preventiva” que late en el precepto, se cumpliría mejor con una formulación más genérica, que permita subsumir los supuestos vigentes y los que puedan crearse en normas sectoriales posteriores, a la par que evite cualquier contradicción con la norma sustantiva y específica donde tales trámites se encuentren perfilados.
119. En este sentido, la concreta formulación del apartado podría tener ese efecto nocivo; ya que en él se señala: “Se negociarán con los representantes del personal los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determina la legislación de función pública”, mientras que la normativa sustantiva (Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas -modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos-), distingue la negociación (que recae sobre las materias a que se refiere el art. 32 de la citada Ley), la consulta (art.34.2) así como la posibilidad de llegar a acuerdos y pactos sobre condiciones de trabajo.
120. Siendo esto así, la actual redacción del apartado puede suscitar dudas en orden a su ámbito de aplicación (coincidente o más amplio que el de la norma sustantiva), por lo que se sugiere reformular el mensaje normativo.
121. Y, por ello, teniendo presente la finalidad expresada en la Exposición de Motivos, la Comisión sugiere reconsiderar si ésta no se cumple mejor con un mensaje normativo -que bien podría ser el del actual apartado 1- completado, si se considera necesario, con una expresa mención a la negociación si se entendiera que ésta, en puridad, no es subsumible en las locuciones “trámites de audiencia y consulta” e “informes que son preceptivos” que contiene el apartado.
122. El precepto podría, así, acoger esta fórmula o similar: “Una vez redactados, antes de evacuar los trámites de negociación, audiencia y consulta que procedan, los proyectos se someterán al trámite de aprobación previa”.
123. Si se asumiera la recomendación sobre la conveniencia de delimitar los contornos del trámite de aprobación previa, podría incluirse un segundo apartado con ese fin.

124. En cuanto al examen del apartado 3 del artículo, se somete a la consideración del órgano proponente la conveniencia de establecer, dentro de esta Sección Segunda destinada a regular los actos de instrucción del procedimiento, un artículo separado destinado a regular los informes cuya trascendencia como instrumento más habitual para obtener un conocimiento más completo de la situación fáctica, técnica o jurídica relacionada con el objeto de la norma que se proyecte es innegable.
125. En forma muy sintética, podrían contemplarse (con la generalidad que corresponde al rango y carácter “adjetivo” de la iniciativa) los informes preceptivos (obligatorios conforme al ordenamiento jurídico) cuya petición es obligada para quien instruye el procedimiento y cuyo régimen (objeto, forma, momento de solicitud, plazo de emisión, etc.) está comúnmente establecido en la norma que los configura como tales. Por otro, los informes potestativos que solicita el órgano instructor por considerarlo conveniente. Y, a los efectos de esta examen, los informes cuya preceptividad deriva del propio anteproyecto; circunstancia que concurre en el informe jurídico y en el informe del artículo 9. 2.
126. El anteproyecto -fiel a su vocación de norma que establece el procedimiento “común” para la elaboración de normas”- podría aprovecharse para perfeccionar la incompleta y fraccionada regulación de las normas autonómicas que contemplan la emisión de informes sobre proyectos de normas.
127. En efecto, un indiciario repaso a las normas autonómicas que establecen informes cuya emisión se inserta en el procedimiento de elaboración de normas, permite advertir que su configuración se hace con un grado de detalle desigual, siendo raro el caso que contiene un régimen acabado del trámite (en lo que aquí interesa, se aprecia, la ausencia de regulación alguna sobre su no emisión, o emisión fuera de plazo -de estar éste determinado, lo que tampoco es habitual-).
128. Podría, así, valorarse la conveniencia de establecer, como parte de la regulación general de aquéllos, una regla de cierre que, a la par, permita “ordenar” el actual panorama que ofrece el ordenamiento autonómico en orden a la multiplicidad de órganos sectoriales que deben emitir informe en el proceso de elaboración de normas.

ARTÍCULO 8.

A) Su contenido en el anteproyecto.

129. El precepto aborda la regulación de la audiencia (uno de los contenidos más relevantes del anteproyecto) y, aunque se intitula “audiencia”, de su lectura se colige que regula también la información pública.

130. Las notas relevantes de la regulación propuesta para la audiencia son las siguientes:

- Conforme a la opción general, se configura como trámite preceptivo tanto para elaborar proyectos de ley como proyectos de reglamento.

– La audiencia consiste en la llamada a los ciudadanos y ciudadanas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

– Para perfilar el ámbito de afectación que determina la preceptividad del trámite se acude al concepto “derechos e intereses legítimos”; esto es, se acude a una expresión que puede ya considerarse clásica en nuestro ordenamiento por haber sido objeto de una abundante interpretación jurisprudencial, al hilo del examen del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE). Si bien, hasta la fecha, para la jurisprudencia - entre otras, SSTs 10.11.94 y 13.09.96- la consideración de interesados en el procedimiento administrativo de elaboración de disposiciones de carácter general no coincide exactamente con el interés que sirve de base a la legitimación procesal.

– Delimita las excepciones para no celebrar el trámite: a) el interés público y b) cuando se trate de disposiciones generales organizativas con la lógica salvedad de que se refieran a “...la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración”.

– Contempla una forma específica de audiencia indirecta:

cuando las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que agrupen o representen a los ciudadanos y ciudadanas hayan participado orgánicamente o por medio de informes o consultas específicas en el proceso de elaboración.

– Determina el plazo: el que sea razonable (no inferior a veinte días hábiles) y tasa su reducción por urgencia (diez días hábiles).

– Y establece la obligación de motivar el acto que opte entre la audiencia directa o indirecta, así como el que aprecie la urgencia que permita reducir el plazo para su celebración.

131. En orden a la información pública, el precepto configura el trámite como algo distinto de la audiencia, destaca su naturaleza potestativa (“...cuando la naturaleza de las disposiciones lo aconseje...”) y regula el plazo -de forma común con la audiencia -.

La audiencia en los proyectos de ley.

132. En coherencia con la opción de uniformar el procedimiento de elaboración de los proyectos de ley y de reglamento, el anteproyecto convierte la audiencia en preceptiva (obligatoria por ley) también para el ejercicio de la iniciativa legislativa por el ejecutivo, al regularse en idénticos términos que cuando de ejercer la potestad reglamentaria se trata.

133. Nada cabe objetar a la decisión de ampliar el ámbito del art.105 a)

CE; ceñido, en principio, a las disposiciones administrativas generales en coherencia con un principio clásico del Estado de Derecho según el cual la participación y consentimiento de los ciudadanos en la emanación de las Leyes tiene lugar a través de su representación parlamentaria. Como hemos razonado, el anteproyecto es la “ley” a que se refiere el art. 105 a) CE y, como bien temprano señaló el Tribunal Constitucional, cuando la Constitución actúa como marco normativo “...suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuáles aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad...”.../.... “El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas “ (STC 194/1989, de 16 de noviembre).

134. Por tanto, cabe operar dicha ampliación, si bien ello no altera el distinto carácter que la audiencia tiene respecto de cada producto normativo. En efecto, en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley la audiencia carece del carácter esencial que sí tiene, en cambio, cuando de elaborar normas reglamentarias se trata (...la audiencia, en cuanto preceptivamente impuesta, requiere en el órgano que instruye el procedimiento una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada a las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas,

pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”. (STS 22.01.98 Ar. 916).

135. Para los proyectos de ley, el referido trámite no se inscribe en la vertiente de garantía “ad extra” del procedimiento antes señalada. En efecto, en éstos, la audiencia facilitará la identificación de eventuales intereses sociales relevantes en orden a la regulación proyectada; pero, al carecer aquél trámite del carácter de garantía de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, esa información podría obtenerse por otras vías quedando así inscrita en la vertiente de aquellos actos de instrucción - no tasados- que puede decidir el órgano competente por estimarlo adecuado para garantizar el acierto y la oportunidad de la regulación proyectada.

136. Y, siendo esto así, estima la Comisión conveniente sugerir al órgano redactor que reconsidere si cabe soslayar tan importante diferencia al regular la audiencia.

137. Asimismo, aprecia la Comisión que la precedente consideración refuerza el sentido de su sugerencia sobre la necesidad de rescatar la voz “proyectos de ley” lo que, según se ha expuesto, permitiría matizar o modular, cuando sea necesario (y éste sería, a su juicio, uno de los casos) su régimen.

La delimitación de la excepción.

138. El anteproyecto configura la posibilidad de no realizar la audiencia en los siguientes términos: “sólo

podrá prescindirse del trámite de audiencia cuando lo exija el interés público que habrá de acreditarse en cada caso”.

139.El art. 105 a) CE permite, sin duda, la modulación de la audiencia (“..cuando proceda”) para cohonestar el derecho de participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones administrativas con otros principios (esencialmente, el de eficacia -art.103 l. CE) constitucionales).

140.Pero, como se ha expuesto, se está normando sobre una materia respecto de la que existe una reserva de Ley constitucional lo que conlleva aparejada una exigencia mayor para el legislador.

141.Y, en esa perspectiva de exigencia, apelar al interés público como supuesto habilitante para omitir el esencial trámite de audiencia, resulta una regulación ciertamente parca, si se tiene en cuenta que precisamente es la búsqueda de ese interés general el que da sentido a la entrada en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas a los ciudadanos y ciudadanas, por ser también esa intervención expresión del principio de democracia participativa e instrumento para adoptar una norma más justa y objetiva.

142.Esta consideración lleva a la Comisión a sugerir la conveniencia de estudiar la posibilidad de cualificar las razones de interés público que permiten prescindir del trámite, toda vez que ya el anteproyecto admite su celebración en plazo más breve “cuando razones debi-

damente motivadas así lo justifiquen”; razones que, lógicamente, sólo en el interés público podrán encontrar acomodo.

143.Hay en nuestro ordenamiento acuñados conceptos jurídicos -cuya naturaleza indeterminada es obligada conforme a la finalidad y realidad a que responden- pero que permitirían, en opinión de la Comisión, acotar con mayor fortuna (es decir, en más plena sintonía con el carácter del trámite que se pretende excepcionar) el supuesto que analizamos: así, por seguir el modelo que el propio anteproyecto ha tomado para delimitar el ámbito subjetivo del trámite, “...la perturbación grave de los intereses generales...” a que alude el art. 130.2 de la LJCA o el de “graves razones de interés público” del artículo 24 c) “in fine” LGE.

El contenido posible.

144.El precepto (contenido y estructura) sigue básicamente el artículo 24 LGE; modelo sobre el que nada hay que objetar. Si bien, cabe advertir, por un lado, que su interpretación no está exenta de cierta polémica jurisprudencial (v.g.: STS de 12.02.02, Ar. 2562) y, por otro, que la LGE responde a un planteamiento distinto del acogido por el anteproyecto que, al aprehender únicamente la vertiente adjetiva, permite, a juicio de la Comisión, una regulación más acabada de su exclusivo objeto: el procedimiento de elaboración de proyectos de ley y disposiciones de carácter general.

145.Por ello, con la finalidad de obtener un diseño más depurado del trámi-

te, acorde con su carácter esencial (bien entendido que, conforme a lo razonado, sólo sería preceptivo en la producción reglamentaria), la Comisión somete a la valoración del órgano redactor una serie de consideraciones que a su juicio contribuyen a la finalidad indicada:

- a) Podría estudiarse la posibilidad de destinar más de un precepto a regular la intervención ciudadana en la elaboración de normas. La voz “participación ciudadana” designaría dicha intervención, definida con carácter general, para, a continuación, abordar la regulación de cada tipo, en función del grado de afección de la disposición proyectada en el patrimonio jurídico de los ciudadanos y ciudadanas incluidos en el ámbito de aplicación de la norma proyectada.
- b) Como categoría sustancial y específica, figuraría la audiencia en la elaboración de normas reglamentarias, participación necesaria por ser obligada la intervención de quienes van a ver afectados sus derechos e intereses legítimos de forma directa. El término audiencia quedaría, así, reservado para su significado más exacto: la participación de las “personas interesadas” (afectadas en sus derechos o intereses legítimos) en el procedimiento especial de elaboración de las normas reglamentarias

- c) A continuación, podría abordarse la regulación de las dos formas en que dicha audiencia puede materializarse: la audiencia indirecta o directa.

La audiencia indirecta -conforme a la correcta configuración del anteproyecto- es la que se realiza mediante la llamada al procedimiento de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que agrupan o representan a los ciudadanos y ciudadanas afectados y cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la disposición.

De acuerdo con un entendimiento material del procedimiento, la audiencia indirecta también se produce cuando dichas organizaciones y asociaciones forman parte de órganos de la Administración que participan en el proceso de elaboración de la disposición o cuando han participado en dicho procedimiento mediante informes o consultas específicas. Se trata, en suma, de una forma específica de celebración del trámite.

En cuanto a la audiencia directa, se sugiere estudiar la conveniencia de contemplar, con la dosis de abstracción que requiere el rango de la iniciativa, el cauce o cauces para su realización.

Es cierto que en la Sentencia del Tribunal Constitucional (parcialmente transcrita en el párrafo 26) éste vino a iden-

tificar -si bien con claro carácter de obiter dicta- la audiencia directa con la información pública. La Comisión -de consuno con la doctrina mayoritaria- entiende que en el procedimiento de elaboración de normas la información pública comparte con la audiencia su sustrato teleológico (articular la participación ciudadana) pero difiere de ésta en su naturaleza y en ese sentido estima que el anteproyecto al diferenciar (audiencia e información pública) enfoca correctamente la cuestión. Otra cosa es que la audiencia directa a los afectados pueda llevarse a cabo a través del cauce de la información pública (con o sin modulaciones).

En efecto, la audiencia presupone la existencia de un colectivo directamente afectado en su patrimonio jurídico, mientras que la información pública alude a un grado de afección distinto y de menor intensidad, inscribiéndose así entre los trámites que pueden realizarse para garantizar el mayor acierto de la norma. Pero ese enfoque de la cuestión conlleva aparejada, a fin de obtener una regulación coherente, la necesidad de clarificar cuál o cuáles son los cauces para celebrar la audiencia directa (sin perjuicio, de que uno de ellos pueda ser el que se establezca para la información públi-

ca); esto es, para hacer efectiva la presencia directa de los ciudadanos y ciudadanas en el dicho procedimiento.

- d) En el esquema que se sugiere, regulado cada tipo y cauces de celebración de la audiencia, procedería acotar la excepción (antes analizada), así como las modulaciones que permite introducir la urgencia acreditada.
- e) Como contenido último de la regulación de la audiencia, se propone una mejora dirigida a clarificar la forma en que el resultado de la audiencia va a integrarse en el iter procedimental. A diferencia de lo que sucede con las observaciones y sugerencias formuladas en los informes evacuados a lo largo del procedimiento (y, en especial, en los preceptivos) que, de acuerdo con el literal del artículo 10, reclaman una justificación en el expediente sobre las razones por las que no han sido atendidas; las formuladas durante la audiencia no encuentran idéntica exigencia expresa. La naturaleza del trámite reclamaría, a juicio de la Comisión, una previsión similar sobre la necesidad de justificar (en los mismos términos que se prevé para los informes preceptivos (pues comparte la audiencia ese carácter) la valoración del resultado del trámite.
- f) Siguiendo el esquema propuesto, como segunda con-

creación del principio participativo podría contemplarse, en precepto diferente, la información pública. En opinión de la Comisión, el anteproyecto cumpliría mejor su objeto introduciendo las pautas esenciales sobre la forma de realizar este trámite (que sólo tiene en la CAPV regulaciones sectoriales fundamentalmente en materia de elaboración de planes) y sus consecuencias. A tal fin, podría atenderse al modelo establecido en el art. 86 de la LRJAP pero siempre teniendo en cuenta que, en razón de la distribución competencial, no se trata de una vinculación estricta a dicha regulación (vinculación que, debemos advertir, sí se produciría, de facto, con la actual regulación que al contemplar la información pública en los términos expuestos, llevará al operador a aplicar la regulación del trámite en la LRJAP).

g) Y, ya en fin, como última sugerencia, se somete a la consideración del órgano redactor si no sería conveniente atender a la posibilidades (inexploradas en el anteproyecto) de contemplar la posibilidad de que los nuevos medios y sistemas telemáticos puedan ser utilizados para articular la participación ciudadana en la elaboración de normas, en la línea del último apartado del citado art. 86 de la LRJAP y sin perjuicio de su

posterior concreción por el reglamento.

ARTÍCULO 11.

146. De acuerdo con lo razonado en este Dictamen (párrafos 113 a 115), el precepto debe reformularse.

ARTÍCULO 12

147. El apartado 1, copia del actual art. 55 LG, se refiere en exclusiva a los anteproyectos ley.

148. Siendo, sin embargo, de aplicación general a todos los productos normativos, su redacción debiera adaptarse (todo proyecto de norma debe contar con la correspondiente explicación que, una vez aprobada, se convertirá en su preámbulo).

ARTÍCULO 13.

149. El precepto establece un trámite específico para los anteproyectos de ley: la toma en consideración.

150. Ahora bien, dicho trámite no encaja correctamente en el esquema procedimental del texto. Antes al contrario, parece abonar la tesis de establecer para los proyectos de ley un cauce específico que permita al Consejo de Gobierno decidir, en cada caso, qué trámites (al margen, claro está los establecidos en norma legal) conviene realizar atendiendo al tenor de la iniciativa. Y, de ser esto así, la toma en consideración de los anteproyectos de ley, vendría a ser una especificidad de la aprobación inicial (sin perjuicio, de la necesidad de clarificación de este trámite que ha sido razonada).

151. El precepto, en suma, conecta con la idea que viene sosteniendo la Comisión en este Dictamen, pero que, con el actual planteamiento del anteproyecto, plantea dificultades de integración en el esquema procedimental diseñado.

ARTÍCULO 14.

152. El precepto suscita diversas cuestiones en orden a su alcance, finalidad y concreta formulación que merecen el examen de la Comisión.

153. Sobre el precepto, la Exposición de Motivos dice que “entre las disposiciones especiales se prevén los supuestos de urgencia, se señalan las excepciones y modulaciones del régimen ordinario que cabe aplicar en tales casos”. Pero, es lo cierto que el artículo (en su actual redacción) no permite apreciar que cumple plenamente esa finalidad.

154. La urgencia -acreditada- autoriza la no celebración -motivada- de “... algunos de los trámites previstos en las normas reguladoras de las materias objeto de la disposición general”, siempre que no vengan establecidos como preceptivos en normas con rango o fuerza de ley; salvedad que, según el último inciso del precepto, no alcanza a los proyectos de ley.

155. En la exégesis de la regla general del precepto, se concluye que circunscribe su ámbito a los trámites “facultativos” (no todos, sino sólo algunos) de los previstos en normas de rango infralegal.

156. A juicio de la Comisión, el análisis de ese contenido, a la luz del sen-

tido y finalidad del precepto, suscita reparos “por defecto” y “por exceso”.

157. En el primer caso, persiguiéndose -como declara la Exposición de Motivos- regular la incidencia de la urgencia en el procedimiento de elaboración de normas, el mensaje normativo nuclear debería responder a esa finalidad y, en consecuencia, contener la modulación que aquélla permite introducir en la exigencia ritual (la urgencia potencia el principio de eficacia y fuerza a matizar los trámites del iter procedimental).

158. En esta perspectiva, la urgencia puede requerir otras previsiones. En el propio esquema lógico del anteproyecto, a juicio de la Comisión, debería integrar el mensaje normativo del artículo la modulación que para los trámites que establece (norma de rango legal) se considere oportuna, tras la ponderación de los intereses presentes. Porque, a salvo la audiencia, respecto de los demás trámites se elude previsión moduladora alguna; contenido que, sin embargo, se revela necesario para cohonestar correctamente las exigencias derivadas de la celeridad -en caso de urgencia, requisito de eficacia- con las ínstitas en el procedimiento como garantía de la norma acertada y legal.

159. En orden al reparo de un contenido “por exceso”, es de ver que la regla se enuncia en unos términos tan amplios que puede plantear problemas en orden a su correcta aplicación.

160. En realidad, la regla (el trámite sectorial” impuesto por norma infralegal puede no realizarse si hay urgencia) vendría a trasladar al terreno de la urgencia una previsión cuyo ámbito natural de aplicación es el de la validez de la norma en función del procedimiento seguido en su elaboración. Se trataría de incorporar al texto uno de los supuestos que tradicionalmente la jurisprudencia ha venido subsumiendo en la categoría “irregularidad no invalidante” -cuyo examen se aborda luego con detenimiento- y, que como tal, resulta de aplicación tanto si concurre la urgencia como si no.
161. La novedad consiste en la aplicación de un criterio jurisprudencial elaborado al enjuiciar la validez de una norma al ámbito de las modulaciones por razón de la urgencia (el trámite inocuo desde la perspectiva de validez) podrá omitirse si hay urgencia.
162. Ya hemos advertido la cautela que, a juicio de la Comisión, debe guiar la traslación a los textos normativos de criterios jurisprudenciales; consideración que, no obstante, no permite fundar una valoración negativa de la opción contraria.
163. Si bien, se sugiere que, de adoptarse ésta, la delimitación del supuesto (en este caso, “*normas reguladoras de las materias objeto de la disposición general*”) atendida la proyección del artículo sobre todos los procedimientos de elaboración de normas cualquiera que sea la materia (con fórmulas de reparto competencial muy distintas), recomienda ajustar la redacción del precepto a fin de evitar el efecto, sin duda no querido, de que pueda proyectarse sobre trámites que, aún configurados en norma de rango infralegal, tengan en razón de quien deba cumplirlos (v.g. una Administración distinta de la que tramita la norma) su contenido o finalidad, carácter preceptivo -ahora con el sentido de indispensable- para el órgano que tramita la iniciativa.
164. Y, también en orden al contenido “por exceso” del precepto cumple señalar que el último inciso atinente a los proyectos de ley, también debe ser objeto de análisis.
165. Ya, a la luz del fundamento de la iniciativa (desgranado con detalle en la Exposición de Motivos), resulta difícil descubrir su sentido porque si, según hemos razonado profusamente, aquélla encuentra su razón en el principio de plena sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), el de interdicción de la arbitrariedad (art.9. 3 CE) y el de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y el Derecho (art.103 .1 CE), la única explicación es el error al plasmar el mensaje normativo.
166. En realidad, en la previsión (al margen de que vuelva a evidenciar la dificultad de un tratamiento uniforme para los proyectos de ley y de reglamento) parece, de nuevo, latir la perspectiva de la validez de las normas, en función del procedimiento seguido en su elaboración. Pero el que para los proyectos de ley el defecto de procedimiento carezca de consecuencias en orden

a la validez de la ley que en su caso llegue a aprobarse es cuestión distinta a que una ley -en este caso el anteproyecto- establezca que el ejecutivo al elaborar proyectos de ley no está sujeto a lo que establecen las leyes, mensaje vedado al legislador por los mismos principios constitucionales que otorgan sentido al anteproyecto.

167. Por todo lo expuesto, la Comisión estima que el precepto debería reformularse en el sentido y con el contenido razonado (excepciones y modulaciones que la urgencia permite introducir en la realización de los trámites que integran el “régimen ordinario”, que no es sino el procedimiento de elaboración que establece el propio anteproyecto) y, de estimarse oportuno incluir una regla sobre los trámites “facultativos”, plasmarla acotando con precisión su ámbito y suprimiendo el inciso referido a los proyectos de ley.

168. Con carácter complementario a la precedente consideración, estima la Comisión conveniente retomar aquí su sugerencia sobre la posibilidad de dedicar mayor atención a los informes cuya pertinencia se refuerza ahora si se tiene en cuenta que tal será el carácter de la mayoría de los citados trámites “facultativos” a que se refiere el precepto.

169. A juicio de la Comisión, tal vez sea al abordar la regulación de los informes cuando podría ponderarse la bondad de una regla para resolver la tensión que late en todo procedimiento entre su finalización en un plazo razonable y la

demora en razón del cumplimiento de los trámites (en este caso, los informes y dictámenes solicitados), tensión que, sin duda, debe resolverse atendiendo a reglas específicas cuando existe una urgencia acreditada.

ARTÍCULO 15.

170. El precepto contiene una definición de “las irregularidades no invalidantes” en el procedimiento que establece el anteproyecto.

171. Como es sabido, en nuestro ordenamiento, ya de antiguo, mientras en el acto administrativo la regla es la anulabilidad y la nulidad radical su excepción, ésta se convierte en regla -sin excepción- cuando se trata del reglamento.

172. La “irregularidad no invalidante” es una categoría que ha sido acuñada por la jurisprudencia al hilo de la aplicación de otra regla -también clásica en nuestra regulación del procedimiento para el dictado de actos- según la cual, si bien la anulabilidad de los actos administrativos concurre siempre que “incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder” (art. 63 l de la LRJAP), el defecto de forma -categoría en la que se subsumen los defectos procedimentales- sólo determinará la anulabilidad del acto en los supuestos legalmente tasados (carecer de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producir indefensión -en el sentido material y dinámico con que, de antiguo, se interpreta este requisito-). La irregularidad no invalidante, por

tanto, designa los defectos formales de los actos que no integren los dos supuestos legalmente establecidos de anulabilidad.

173. La jurisprudencia trasladó hace ya tiempo (STS de 17 de junio de 1974) al ámbito de las normas reglamentarias la categoría de la irregularidad invalidante: al contrario de lo que sucede con las infracciones sustantivas -siempre causa de nulidad de los reglamentos- las infracciones de procedimiento estarían sometidas al mismo régimen aplicable a los defectos formales de los actos administrativos y, por tanto, en los reglamentos podrían existir defectos en su procedimiento de elaboración con el carácter de meras irregularidades no invalidantes.
174. En primer término, antes de iniciar el examen del artículo, las precedentes consideraciones permiten afirmar la necesidad de deslindar de su ámbito los proyectos de ley pues la categoría -según lo expuesto- sólo tiene virtualidad para las disposiciones reglamentarias.
175. Como venimos reiterando, sólo la Constitución y el denominado bloque de constitucionalidad es parámetro para enjuiciar la conformidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley (a salvo, la especificidad de los Decretos-Legislativos, art. 1.1. LJCA) y, por ello, sólo de poder conectarse la deficiencia formal con dichos parámetros podría tener alguna consecuencia sobre la validez de la norma; de ahí que el precepto únicamente pueda proyectarse sobre la norma reglamentaria, ámbito en el que el juego del procedimiento es bien distinto y su omisión o incorrecto cumplimiento puede efectivamente tener consecuencias en orden a la validez de la disposición, pudiendo incluso acarrear la nulidad de la disposición.
176. Asimismo, antes de examinar el concreto literal del precepto, las precedentes consideraciones sobre la “irregularidad invalidante” permiten formular dos advertencias previas.
177. La primera relativa al contenido que persigue el precepto. Éste traslada nuestro examen a un ámbito (régimen de validez de las normas) que trasciende el propio de la fijación del procedimiento de elaboración de las normas como “procedimiento especial” frente al “procedimiento administrativo común” y se adentra en el más espinoso y complejo campo de la competencia en aquél ámbito material, pues cabe decir -ciertamente en forma muy sintética- que el objeto del precepto es la norma ya vigente y su mensaje normativo resulta plasmación de un determinado entendimiento (prioridad del criterio teleológico -cumplido el fin que persiguen los trámites a que se refiere el precepto su incorrecta realización no ha de afectar a la validez de la norma-), de los criterios que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, rigen la interpretación de las normas en nuestro ordenamiento jurídico.
178. Siendo ése su contenido, debe tomarse en consideración que una cosa es que tal pueda (y deba) ser el criterio que deban emplear los

operadores jurídicos para interpretar los trámites del anteproyecto a que se refiere el precepto -cuando aquél sea ley- y otra bien distinta es que integre el ámbito de decisión del legislador autonómico un mensaje normativo con ese contenido general (no cabe obviar que los principales destinatarios del precepto serían los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo competentes para declarar la validez o nulidad de una norma reglamentaria por vicios de procedimiento -dejando ahora al margen la posibilidad de declarar la nulidad de oficio de las disposiciones administrativas abierta en el art. 102.2 LRJAP-).

179. Como segunda advertencia, en el terreno de la virtualidad práctica del precepto, debe asimismo repararse en la potencialidad del precepto, ya que éste a la par que modula “a la baja” los efectos de los posibles defectos procedimentales al realizar los trámites que identifica como irregularidades no invalidantes, conlleva (como recta consecuencia de dicha delimitación) la implícita determinación de los “esenciales” (v.g. con la actual redacción, la ausencia del informe jurídico acarrearía la nulidad, sin que esta carencia, a pesar de la evolución jurisprudencial sobre el informe de la Secretaría General Técnica, esté llevando en todos los casos a una declaración de nulidad).

180. Quiere así -en abstracto- advertir la Comisión sobre los riesgos que el precepto, encierra tanto atendiendo a la perspectiva competencial (art. 148.1. 6ª CE) como a la

propia coherencia interna de la norma proyectada.

181. Y en el concreto examen de su actual formulación, se aprecia lo siguiente: el precepto conecta la irregularidad invalidante con el incumplimiento de la expresión formal en los documentos que citan (orden de iniciación y memorias, así como en la propia exposición de motivos-) de los datos y circunstancias que establece el anteproyecto (esto es, con el grado de detalle que establece el art. 5.1 para la orden de iniciación, el art. 10.2 para la memoria justificativa y el artículo 10.3 para la económica). Es ese incumplimiento (falta de expresión formal) el que por sí sólo no determinará la nulidad de la disposición a la que afecte si del expediente se puede colegir la satisfacción de la finalidad que justifica la obligación incumplida.

182. Así formulado, tampoco el precepto acierta a enunciar el mensaje normativo: el incumplimiento o inadecuada realización de los trámites que indica deberá valorarse, no en función de lo que se desprenda del expediente, sino a la postre si la norma cuenta o no con el obligado fundamento objetivo (“... *la doctrina científica al hacer el análisis y la crítica de la jurisprudencia existente sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, viene señalando la necesidad de que el Tribunal que enjuicie, valore, individualmente, todos los trámites, particularmente aquellos que puedan tener o tengan por sí, relevancia. Este criterio doctrinal científico debe ser*

- tenido en cuenta y ya lo ha sido por el Tribunal Supremo: así en su Sentencia de fecha 18 junio 1993 señala que la falta de los estudios e informes previos no determina la nulidad de pleno derecho de la disposición afectada, salvo en el supuesto excepcional de que su omisión se revele como trascendente, tras un examen teleológico de la disposición afectada” (STS 6.10.98 (Ar. 9055).*
183. En efecto, no bastará detectar una omisión (total o parcial relevante) de alguno de los trámites que establece el precepto; tal constatación podrá adquirir dimensiones anulatorias sólo en cuanto indicio de una falta de fundamento objetivo de la norma y tal juicio será uno más de los caminos para motivar, en su caso, la existencia de la norma arbitraria. Porque, como ya se ha expuesto, también cabe la norma arbitraria (y, por ende, ilegal) tras seguir escrupulosamente toda la tramitación establecida (el procedimiento -según lo razonado- es uno de los instrumentos al servicio de la norma racional -acertada y legal- pero ni es el único, ni su cumplimiento garantiza la obtención de aquélla).
184. Advierte la Comisión en el precepto una vocación preventiva para evitar que el rango legal de la futura norma pueda conllevar la sacralización de los trámites que ella diseña “ex novo” y cuyo sentido último (en tanto que garantía “ad intra”) es coadyuvar al fin de la norma “acertada y legal” con el negativo efecto que tal entendimiento pudiera tener en orden a la validez de las normas autonómicas.
185. Guía al precepto, por tanto, una loable cautela: en tanto el anteproyecto ha ido más lejos al precisar los contenidos de algunos trámites (orden de inicio, memoria justificativa o memoria económica) a fin de perfeccionar su función de instrumentos al servicio del fundamento objetivo de la norma que se proyecte, el precepto parece querer salir al paso de aplicaciones estrictas. El artículo perseguiría, en fin, una suerte de garantía frente a una interpretación desmedida (disociada del entendimiento material del procedimiento) de la ausencia o inadecuada realización de los trámites que enumera el precepto y que han sido configurados como mecanismos para identificar y exteriorizar el fundamento objetivo de la norma proyectada.
186. Y, siendo la descrita la finalidad que parece perseguir el precepto, cabe formular dos consideraciones.
187. Primera, la actual redacción del precepto no es correcta pues no se trata de si la orden de inicio, las memorias, etc., se han elaborado con el grado de detalle exigido por el anteproyecto sino si la norma resultante tiene o no fundamento -objetivo y racional- al ser ésta y no otra la finalidad que da cabal sentido a los requisitos formales que establece el anteproyecto y cuya incorrecta elaboración -reiteramos- podrá ser indicio -que no conclusión- de la decisión sobre la validez de la norma resultante.
188. Y, segunda, lo razonado inclina a la Comisión a recomendar la supresión del precepto y la inclusión en la Exposición de Motivos

de una explicación cabal de la funcionalidad de los trámites que permita al operador que deba valorar su ausencia o incorrecta realización apreciar que éstas sólo podrán erigirse en “ratio decidendi” del juicio de validez si evidencian ausencia de fundamento.

189. De esta forma, a juicio de la Comisión, se satisface la finalidad preventiva que parece alentar el precepto, se preserva el examen del operador jurídico (por definición, casuístico) y se evitan los problemas que suscita su actual formulación, permitiendo una recta y dinámica aplicación de la doctrina jurisprudencial.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

190. La disposición declara la obligada integración en el procedimiento de los trámites que deban realizarse ante o por órganos de la Unión Europea cuando ello resulte exigible. Pero esta declaración resulta inocua, puesto que el respeto y cumplimiento de dichos trámites no deriva de lo que al efecto pueda establecer el anteproyecto, sino de la propia eficacia de las normas comunitarias que establezcan el correspondiente trámite, lo que convierte el mensaje normativo en un mero recordatorio, por lo que se sugiere, en aras de una mejor técnica normativa, valorar la conveniencia de mantener la disposición.

191. De no aceptarse la sugerencia y mantenerse la disposición sería conveniente cambiar la locución “Derecho Comunitario” por ser ésta doctrinal.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA.

192. Su concreto contenido se encuentra en función del que finalmente adopte el artículo 11, sin perjuicio de que sea correcta la inclusión - como Disposición Adicional- de una cláusula especial para la intervención en el procedimiento de elaboración de normas autonómicas de la Comisión Jurídico Asesora (creada por Decreto 187/1999, de 13 de abril).

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.

193. De acuerdo con lo expuesto en este Dictamen (párrafos 29 a 36) la no inclusión en el ámbito de aplicación de la norma a las Diputaciones Forales es correcto. Ahora bien, al plasmar el mensaje normativo en la disposición adicional cuarta (más precisamente, en lo atinente a la aplicación de “...los principios que derivan de la regulación contenida en esta Ley, en función de las especificidades formales y materiales que caracterizan sus normas”) entiende la Comisión que la delimitación del ámbito subjetivo se oscurece.

194. Dejando al margen ahora la obligada participación de las personas afectadas, es lo cierto que, salvo que se realice alguna precisión sobre a qué “principios” se refiere, según ha sido razonado, los referidos a la existencia de un iter procedimental como instrumento al servicio de la norma “racional” resultan de aplicación a las Diputaciones Forales por encontrar su fundamento en el art. 9.3 CE.

CONCLUSIÓN

La Comisión dictamina favorablemente el anteproyecto de ley, salvo las con-

sideraciones realizadas en el cuerpo de este Dictamen sobre el artículo 7.2, artículo 11, último inciso del artículo 14 y artículo 15.

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

Dictamen 123/2004, de 31 de marzo.

Responsabilidad patrimonial por la reclamación presentada debido a los perjuicios causados como consecuencia de la incorrecta baremación para la constitución de la lista de interinidad en los cuerpos docentes.

“... 5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por D/Dª... por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la incorrecta baremación para la constitución de la lista de interinidad para cuerpos docentes.

Dada la naturaleza del supuesto de hecho planteado, relativa a un daño que eventualmente trae causa de la anulación de una previa resolución administrativa, resulta obligado recordar que el artículo 142.4 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece de forma expresa que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”.

Como ha señalado la Audiencia Nacional en Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (JUR 2003/26257), recogiendo la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, dicho precepto “... sólo puede ser entendido en el sentido de que la obligación de indemnizar no es consecuencia obligada de la simple anulación de las resoluciones administrativas, sin que ello suponga obstácu-

lo para que tal derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 139 de la Ley citada, a saber, daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo. Por ello no cabe interpretar el precepto que nos ocupa con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco cabe afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad. El artículo 142.4 que examinamos sólo dice que ‘no presupone’, es decir, que no se da por supuesto el derecho a la indemnización lo que implica tanto como dejar abierta la posibilidad de que, no siendo presupuesto, sea o no supuesto del que se sigan efectos indemnizatorios si concurren los requisitos establecidos legalmente, requisitos a los que antes nos hemos referido”.

Por lo tanto, resulta obligado examinar si concurren en el presente caso los requisitos determinantes de la respon-

sabilidad patrimonial de la Administración pública.

Precisamente, la cuestión a dilucidar en el presente caso se centra fundamentalmente en el primero de los requisitos antes expuestos, relativo a la existencia de un daño efectivo, evaluable e individualizado.

6ª.- El criterio mantenido por el Consejo de Estado en relación con esta específica clase de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, según se deriva de la doctrina que emana de sus dictámenes, es contrario a reconocer el derecho a percibir una indemnización por esta causa; sirvan de ejemplo, entre otros, los Dictámenes 1220/2002, de 11 de julio; 3712/2002, de 6 de febrero; 3072/2002, de 21 de noviembre; 265/2003, de 20 de marzo y 2486/2003, de 16 de octubre.

Los pronunciamientos que emanan del Alto Órgano Consultivo coinciden con el criterio jurisprudencial antes aludido en cuanto a la falta de automaticidad entre la anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de una resolución y la generación de un derecho a ser indemnizado: también el Consejo de Estado señala que en tales casos, como sucede en general, deberá examinarse si concurren o no lo requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por el contrario, los criterios son diferentes en cuanto a la apreciación de la existencia de un daño efectivo, evaluable e individualizado.

En efecto, el Consejo de Estado viene manteniendo de forma reiterada que la inclusión en la lista de aspirantes a puestos de interinidad (inclusión que se

consigue con la sola presentación del interesado al procedimiento selectivo, y sin necesidad de que se superen las pruebas establecidas en el mismo) no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un concreto puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, cuya frustración no puede considerarse indemnizable a los efectos de una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Según este criterio, en tales supuestos las reclamaciones se basan en meras hipótesis carentes de la efectividad necesaria para poder indemnizar, pues se reclaman unos ingresos por servicios no efectivamente prestados y respecto a los que no es posible determinar (al margen de la interpretación de los interesados) si, con un cambio en la puntuación, hubiesen sido efectivamente desarrollados de forma continuada. Por lo tanto, de una mera elucubración de lo que hubiera podido pasar en el caso de haber aceptado una plaza vacante (olvidando el alcance de las cargas y obligaciones inherentes al desempeño de tales funciones y a las que los reclamantes no se han visto sometidos, pudiendo haber realizado otra serie de actividades igualmente retribuidas) no se puede derivar la obligación de indemnizar por parte de la Administración.

Por otra parte, en ocasiones las reclamaciones se basan en un nuevo planteamiento hipotético, partiendo los interesados de la eventual aceptación de las vacantes que les hubieran podido ofertar de haber ocupado un puesto anterior, pero sin impugnar la adjudicación de ninguna plaza concreta, por lo que es claro que tal planteamiento no basta para declarar una eventual responsabilidad de la Administración.

Además, mantiene el Consejo de Estado, los reclamantes no son funcionarios de carrera, sino personas sometidas al precario régimen del interinaje que, aunque en el mundo de la docencia se utiliza con frecuencia, en manera alguna autoriza a legitimar expectativas o incluso derechos, que sería difícil poder reconocer a funcionarios de carrera, como sería en este caso la pretensión de cobrar remuneración por servicios no efectivamente prestados.

En conclusión, termina señalando el Alto Cuerpo Consultivo en sus dictámenes, el derecho de los recurrentes es sólo el de figurar en un listado de aspirantes a ocupar un puesto, pero no un derecho consolidado a obtener una plaza, pues este derecho sólo lo tiene quien ha superado un proceso selectivo estatutariamente establecido, no siendo en manera alguna indemnizables las meras expectativas.

Frente a ello, resulta obligado advertir que la Audiencia Nacional se ha venido pronunciando, si bien de manera relativamente reciente, en sentido distinto.

En efecto, en Sentencias de 11 de abril de 2000 (JUR 2000/157316); 1 de febrero de 2002 (JUR 2002/144026); 12 de febrero de 2002 (JUR 2002/144116); 28 de febrero de 2002 (JUR 2002/144320); o 6 de junio de 2002 (JUR 2003\58409), ha considerado que la actuación de la Administración Pública en el sentido referido (errando en la baremación de los méritos de los aspirantes al desempeño interino de puestos de trabajo en el ámbito docente), ha producido, en los casos concretos resueltos en las mismas, la lesión de un derecho concreto y determinado, susceptible de ponderación en cuanto que se ha privado con ello a los mismos de las retribuciones correspon-

dientes a dichos servicios, y que, además, la falta de tal nombramiento en el momento que les hubiera correspondido, les impide contar con los servicios efectivos correspondientes para computar en otros procedimientos selectivos, lo que constituye igualmente un derecho efectivo que se concreta en la posesión de tales méritos o servicios, con independencia de que se hagan efectivos o no en un procedimiento posterior y cuya obligación de reconocimiento por la Administración resulta de la reparación integral del perjuicio causado que, como señala la jurisprudencia, se persigue con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Este Consejo Consultivo entiende que resulta obligado recoger y aplicar el criterio jurisdiccional expuesto, en el sentido de admitir la posibilidad de que un error en la baremación de las listas del personal docente interino pueda causar, a los interesados afectados por el mismo, un daño efectivo, evaluable e individualizado.

7ª.- Admitida, pues, la posibilidad de la procedencia de indemnizar, el criterio que debe seguirse para resolver cada caso en particular resulta igualmente de los pronunciamientos jurisdiccionales antes citados.

En particular, la Audiencia Nacional ha tenido la oportunidad de señalar que la calificación del daño causado como efectivo (al haberse frustrado una expectativa indemnizable) o, por el contrario, como meramente potencial (al haberse perjudicado una expectativa no indemnizable), depende de las circunstancias concurrentes en cada caso particular, en especial, de la circunstancia de que el interesado hubiera podido o no desempeñar de manera efectiva

(aunque interinamente) un puesto de trabajo concreto y determinado.

Así, en Sentencia de 17 de octubre de 2002 (JUR 2003/25398), la Audiencia Nacional declaraba que “dicho daño se encuentra directamente relacionado con la posibilidad de que la demandante hubiera accedido a alguna sustitución, de seguirse por la Administración el criterio de selección correcto, es decir, según las resoluciones que estimaron los recursos administrativos, tomando como referencia las listas de interinos correspondientes al curso escolar anterior, respecto de las especialidades no convocadas, y manteniendo los aspirantes en el mismo orden de aquel curso en las mismas condiciones establecidas entonces”.

Este mismo criterio, sobre la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, ha sido recogido por otros órganos consultivos, como es el caso del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en cuyo Dictamen nº 119/2003, de 1 de octubre, se pone de manifiesto, a modo de resumen, que “el reconocimiento de la efectividad del daño en cada caso está ligado a la existencia de una base probatoria de la que puede inferirse un enlace racional, trabado conforme a las reglas de criterio humano, entre la expectativa inicial de nombramiento que nace por la mera inclusión en bolsa del demandante de empleo y la presumible ocupación de un determinado puesto de trabajo por parte del afectado. Será por tanto el acervo probatorio manejado en cada supuesto, ligado obviamente al esfuerzo realizado por el reclamante en tal sentido, el que posibilite o no llegar a un grado de convencimiento razonable respecto a la probabilidad de un acontecimiento que, sin

haberse producido realmente, opera en su frustración como factor determinante de la efectividad del daño”.

Así pues, este Consejo considera, en definitiva, que la reclamación planteada ha de resolverse de acuerdo con el criterio expuesto, no con el sustentado por la propuesta de resolución.

Lo que se acaba de exponer no significa que haya de estimarse necesariamente la reclamación. Ha de efectuarse un examen del caso de acuerdo al criterio señalado, atendiendo a los hechos que resultan del expediente, decidiendo así, en cada uno de los tres cursos, si el interesado verdaderamente no pudo optar a las plazas que indica en sus escritos y si, razonablemente, cabe suponer que de haber podido hacerlo, hubiera efectivamente hecho realidad esa elección.

Al respecto, este Consejo advierte que carece de los elementos de juicio necesarios para pronunciarse, al haberse planteado la propuesta de resolución en sentido desestimatorio, sin entrar en otras consideraciones adicionales que, en puridad, tampoco eran necesarias para resolver en dicho sentido.

No obstante, atendiendo a los datos que figuran en la documentación obrante en el expediente, la valoración del interesado merece a este Consejo el siguiente juicio:

Curso 2000–2001

En primer lugar, debería aclararse si el reclamante, con los 4,442 puntos reconocidos, tuvo verdaderamente oportunidad de optar por una plaza a media jornada en el Centro de San Esteban de Gormaz. El informe de la Jefa del Ser-

vicio de xxx, no es muy preciso al respecto, pero parece que da por supuesta la posibilidad de opción. Sin embargo, la duda surge porque, conforme a la Sentencia de 11 de octubre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Valladolid, el recurrente pudo optar a las provincias de Segovia, Ávila, Valladolid, Palencia y Salamanca, pero no a la de Soria, provincia donde se encuentra el municipio de San Esteban de Gormaz (véase el antecedente de hecho primero, el fundamento jurídico cuatro y el fallo).

Si el reclamante no hubiera podido optar por la plaza en cuestión debería evidentemente desestimarse su solicitud de indemnización en lo referente al curso 2000–2001.

Si el reclamante sí hubiera podido elegir de alguna forma la señalada plaza de San Esteban de Gormaz, aun no habiendo optado por la provincia de Soria, se abre la posibilidad de estimar su reclamación. Para ello ha de valorarse si es razonable pensar, con los datos de que se dispone, que es muy probable que el interesado hubiera aceptado la repetida plaza, dado que aceptó un puesto de características muy semejantes en los dos cursos siguientes en la misma localidad y centro de San Esteban de Gormaz.

Curso 2001–2002

Del escrito del reclamante, del ya citado informe de la Jefa del Servicio de xxx, y de las alegaciones de aquél (no rebatidas en este punto por la propuesta de resolución), parece deducirse que el mismo hubiera podido optar, de haber sido correctamente baremado, a una plaza a tiempo completo en Guijuelo (Salamanca). El Consejo consi-

dera que razonablemente puede llegarse a la conclusión de que es muy probable que el reclamante hubiera aceptado dicha plaza, pues era optante, entre otras, a la provincia de Salamanca, y además ese mismo curso aceptó plaza vacante, a media jornada, en San Esteban de Gormaz (Soria), localidad tan distante al menos de su domicilio (xxx - Segovia-) como Guijuelo. Los datos indican, en consecuencia, que muy posiblemente hubiera aceptado la plaza, lo cual implica que en lo referente a este curso debería también estimarse su reclamación.

No obstante, la conclusión anterior queda supeditada a la confirmación de que efectivamente el reclamante, si hubiera sido bien baremado, efectivamente hubiera podido optar a una plaza a tiempo completo, y muy especialmente en Guijuelo. La duda se produce porque el reclamante alude en su escrito inicial a la vacante nº 231 en tal localidad, y a la nº 232 en sus alegaciones; mientras que en el certificado que obra al folio 59 del expediente consta que las plazas vacantes 232 y 321 del I.E.S.xxx de Guijuelo fueron adjudicadas, según una relación enviada a la Dirección Provincial de Educación de Salamanca, el 13 de septiembre de 2001.

Curso 2002–2003

Atendiendo a la documentación citada en los párrafos anteriores, parece que el reclamante hubiera podido optar a una plaza a tiempo completo. Además, cabe pensar, salvo prueba en contrario, que hubiera aceptado una de esas plazas a tiempo completo aunque estuvieran muy distantes de su domicilio (como por ejemplo la vacante nº 550 del I.E.S. xxx de Ponferrada), porque

ese curso era optante a todas las provincias de la Comunidad Autónoma y porque aceptó plaza, de solo media jornada, en el centro de San Esteban de Gormaz (Soria), población bastante alejada de su domicilio.

El problema que plantea el razonamiento anterior es que el reclamante, al justificar sus posibilidades, suma a los 5,718 puntos con que figura en la Orden de 9 de abril de 2002, los puntos que le hubieran correspondido de haber podido trabajar los dos cursos anteriores conforme a lo expuesto (1,572 del 2000-2001 y 0,784 del 2001-2002, como expone en su escrito inicial, folio 9 del expediente). La estimación de la reclamación en este curso dependerá, en consecuencia, de en qué medida el razonamiento del interesado conduce a pensar que tuvo, no una mera expectativa carente de reales posibilidades, sino una expectativa verdadera y cierta que dé lugar a considerar que el daño (ausencia de retribuciones) fue consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público (incorrecta baremación), en relación directa e inmediata.

8ª.- Para el supuesto de que, determinadas y ponderadas adecuadamente las circunstancias que concurren en este caso en particular, sobre las cuales este Consejo, se insiste, no puede pronunciarse con plenitud a la vista de lo incompleto del expediente en este sentido, se llegase a la conclusión de que el error cometido por la Administración ha frustrado una expectativa razonable, merecedora, en consecuencia, de una reparación adecuada, pueden tenerse en cuenta las siguientes consideraciones sobre la cuantía de la indemnización.

Es cierto que en algunos pronunciamientos jurisdiccionales, cuando se ha

considerado procedente indemnizar un daño de esta naturaleza, se ha calculado la cuantía de la reparación debida por referencia directa y automática a las retribuciones totales dejadas de percibir.

Sin embargo, también es cierto que, no sólo en algunas de tales resoluciones, se ha advertido por el Tribunal que no se entraba a discernir cuál debía ser esa cuantía, dado que la parte demandada no había impugnado ni opuesto una liquidación distinta de la planteada por el recurrente (como es el caso de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de febrero y 6 de junio de 2002, antes citadas), sino que, además, en otras resoluciones de otros Tribunales se ha limitado el importe de la indemnización a una parte de la retribuciones dejadas de percibir.

Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 9 de noviembre de 2000 (JUR 2001/183723), en la que, para un supuesto análogo, se fija la cuantía de la indemnización en el importe de las retribuciones básicas (sueldo y, en su caso, trienios) excluyendo las retribuciones complementarias por estimar que estas últimas se encuentran íntimamente relacionadas con el desempeño efectivo del puesto de trabajo, por lo que no procede su abono cuando no se ha realizado tarea alguna propia de dicho puesto.

De manera similar, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en Sentencias de 18 y 25 de noviembre de 1996 (RJCA 1996/1648 y 1996/1649), ha reconocido para supuestos análogos una indemnización equivalente a la suma de las retribuciones básicas más el complemento de destino, excluyen-

do la parte de retribución correspondiente al complemento específico y al complemento de productividad, por entender que estos dos últimos complementos están “principalmente anulados, no ya al puesto de trabajo, sino a determinados factores del mismo que se actualizan y concretan en el caso de su efectiva prestación”.

Es más, la propia Audiencia Nacional, en un supuesto semejante al ahora planteado, ha reconocido el derecho a percibir una indemnización equivalente a la cuantía total de la retribuciones dejadas de percibir, excepto el complemento de productividad, por entender que este último “es variable y corresponde al interés e iniciativa del desarrollo del trabajo de que lo percibe” (Sentencia de 10 de junio de 2002; JUR 2003/59595).

Este Consejo Consultivo considera acertada esta corrección sobre el importe de la eventual indemnización que pueda proceder en supuestos como el que ahora se dictamina. Téngase en cuenta que se trata de indemnizar un daño, no de retribuir unos servicios, así como que entre la Administración y el funcionario interino no existe relación contractual alguna, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, por lo que la indemnización no puede calcularse de forma automática, por referencia a una eventual “prestación” incumplida por parte de la Administración.

De las tesis concretas antes mencionadas, el Consejo considera la más razonable la que hace equivalente el importe de la indemnización a la suma de las retribuciones básicas más el complemento de destino, pero excluyendo las cuantías correspondientes a los complementos específicos y de productivi-

dad, pues entiende, en definitiva, que no puede ser tratado de la misma forma quien prestó servicios de manera efectiva que quien no se vio obligado al desempeño de tarea alguna.

Finalmente, recordar que, en todo caso, habrá de tenerse en cuenta si durante el periodo al que se refieren los perjuicios, el reclamante estuvo o no trabajando o recibiendo alguna prestación de la Seguridad Social o similar, a los efectos de su descuento de la cantidad final.

9ª.- En conclusión, la postura de este Consejo Consultivo puede resumirse de la forma siguiente:

- La corrección de la baremación de los méritos de un determinado interesado en las listas de aspirantes a personal docente interino no presupone, por sí misma, el nacimiento a su favor de un derecho a ser indemnizado, sino que deberán concurrir, como en cualquier otro supuesto, todos los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

- La apreciación de que un error de esta naturaleza ha causado un daño efectivo, evaluable e individualizado no puede llevarse a cabo de forma apriorística, mediante la aplicación de un criterio general y único, en un sentido o en otro, sino que resulta obligado atender a las circunstancias concurrentes en cada caso particular.

- En el supuesto de que se aprecie que el error cometido por la Administración ha frustrado una expectativa razonable y, por lo tanto, merecedora de indemnización, la cuantía de ésta debe calcularse, en principio y salvo la concurrencia de circunstancias especiales, por referencia a las retribuciones deja-

das de percibir, excluidas las correspondientes al complemento específico y al complemento de productividad.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

No procede dictar resolución desestimatoria en los estrictos términos en

que aparece formulada, de acuerdo con las consideraciones expuestas en el cuerpo del presente dictamen, en el expediente de responsabilidad patrimonial por reclamación presentada a instancia de *D/D^a*..., derivada de los daños ocasionados como consecuencia de la incorrecta baremación para la constitución de la lista de interinidad de los cuerpos docentes.”

Dictamen 147/2003, de 31 de marzo.

Responsabilidad patrimonial por la reclamación presentada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su exclusión de un concurso de traslados de funcionarios docentes.

“...5^a.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada a instancia de *D/D^a*... por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de quedar excluido de un concurso de traslados de funcionarios docentes.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, consta que lo hizo con fecha 5 de noviembre de 2003, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

6^a.- Este Consejo Consultivo considera, a diferencia de los órganos que han informado a lo largo del procedimiento, que procede estimar la reclamación en los términos que analizaremos a continuación.

En efecto, el interesado basa su pretensión indemnizatoria en la consideración de que le fueron causados perjuicios por la Orden de xxx de la Consejería de xxx, por la que se resolvió definitivamente el concurso de traslados en el que participó el reclamante, y del que fue excluido indebidamente conforme declaró, primero el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Valladolid, y posteriormente confirmó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, en los términos ya referidos en los antecedentes de hecho.

Mediante Orden de 19 de mayo de 2003 de la Consejería de xxx, se dispuso el cumplimiento de la Sentencia con adjudicación de la plaza de destino en León para el curso 2003/2004, sin perjuicio de retrotraer los efectos administrativos a 1 de septiembre de 2000.

De esta manera, entiende el reclamante que debería haberle sido adjudicada dicha plaza en León desde el 1 de septiembre de 2000, siendo imputable a una decisión contraria a derecho de la Administración el que durante los cursos académicos 2000/01, 2001/02 y 2002/03 ocupara una plaza en un sitio distinto al de la ciudad de León, con los inconvenientes y gastos que ello conllevaba y que no tenía el deber jurídico de soportar.

Al respecto, hemos de partir de que si bien es cierto que “la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización”, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de octubre de 2001, con arreglo al artículo 142.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; no lo es menos que este precepto, y antes el artículo 40.2 de la Ley de Régimen Jurídico de 1958 (RCL 1958, 1258, 1469, 1504; RCL 1959, 585 y NDL 24708), no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en tal caso. Por el contrario, afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto originador para que la responsabilidad pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto. Sentencias, entre otras muchas de esta Sala, Sección Sexta, de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7746), 13 de enero (RJ 2000, 659) y 18 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 221).

Incluso, como entendió la Sentencia de 3 de abril de 1990 (RJ 1990, 2774), Sec-

ción Tercera, si la lesión existe y por añadidura el acto o actuación resulta ilegal, la imputación del daño a la Administración “puede resultar obligada”.

Además, no se puede vincular, en términos generales y aunque sea lo más frecuente, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en casos de anulación administrativa o jurisdiccional, a que el pronunciamiento anulatorio hubiera recaído sobre actuaciones administrativas de gravamen o limitativas de derechos. Tampoco se puede afirmar, con el mismo carácter de generalidad, que, cuando la actuación administrativa después anulada hubiera sido favorable al interesado, la existencia de una impugnación jurisdiccional del perjudicado por aquélla alteraría el *status* jurídico del beneficiado, el cual pasaría a ser titular de una mera expectativa.

Por otra parte, y llevada a sus últimas consecuencias, la doctrina sobre la falta de concurrencia de la antijuridicidad del daño, significaría que cualquier impugnación administrativa o jurisdiccional transmutaría cualquier situación jurídica afectada por la misma, en una mera expectativa no susceptible de indemnización; y tampoco eso puede admitirse si se enuncia con pretensiones de generalización.

En el supuesto enjuiciado la Administración educativa reconoce su error jurídico en la resolución del concurso en el que participó el ahora reclamante. Error que determinó que el reclamante, durante tres cursos académicos, no tuviera plaza en León, cuando de haber resuelto conforme a derecho tal concurso de traslados habría ocupado una plaza docente en la ciudad de León desde el 1 de septiembre de 2000.

El reclamante concreta los perjuicios en los gastos de desplazamiento que tuvo que realizar durante los cursos 2000/01 y 2001/02 desde León a Valencia de Don Juan, y durante el curso 2002/03 desde León a Mansilla de las Mulas. Se desprende del expediente tramitado, concretamente del informe del Director Provincial de Educación de León, obrante al folio 10, que sólo en los cursos 2001/02 y 2002/03 tuvo autorización de residencia en León.

Es preciso determinar si tal actuación de la Administración da lugar a la responsabilidad patrimonial prevista en el artículo 106.2 de la Constitución.

Al respecto, el Consejo de Estado es bastante restrictivo en el reconocimiento de derechos por esta causa, al entender que no nos encontramos ante un daño real y efectivo, tal y como exige la legislación y la jurisprudencia. Así, en su Dictamen nº 1341/2003, de 19 de junio, (un supuesto de reclamación patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por una Técnico de jardín de infancia, que participó en un concurso de traslados a una plaza de Valladolid que no le fue reconocida administrativamente y que posteriormente en vía judicial le fue reconocida, en el que solicitaba los gastos de desplazamiento realizados), el Consejo de Estado entiende que la reclamante no tiene derecho a abono alguno al no quedar acreditado un daño real y efectivo. Utiliza el argumento de que la interesada no observó el deber de residencia que incumbe al personal al servicio de la Administración, ni obtuvo autorización que le dispensara de aquél, optando voluntariamente por mantener su domicilio habitual en una localidad distinta a la de la prestación de sus ser-

vicios. Por tanto, las eventuales consecuencias dañosas para la interesada, derivadas de la necesidad de desplazarse diariamente, no pueden ser imputadas a la Administración sino que han de atribuirse a la decisión personal de la reclamante y, al fin, han de ser soportadas por ella.

Frente a esta posición hemos de señalar que el propio Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1825/1998, de 23 de julio, en un supuesto similar al anterior (de error de hecho en un concurso de traslados al no haber adjudicado a un funcionario de carrera una plaza en Logroño y tener que permanecer durante un curso escolar en Miranda de Ebro), le reconoce derecho a ser indemnizado por los gastos de desplazamiento de ida y vuelta de Logroño a Miranda de Ebro, y por los gastos de manutención fuera de su domicilio familiar -en este caso, durante los veinte días en que el reclamante debió permanecer en el mismo, durante la jornada de tarde, como consecuencia de los servicios de evaluación y claustr-, tomando como base para calcular la indemnización el Real Decreto 236/1998, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón de servicio.

En estos casos el Consejo de Estado, para determinar si se aprecia la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños generados al interesado por su actuación como consecuencia de la indebida resolución del concurso de traslado, señala que es preciso partir de un análisis de los deberes que incumben a los funcionarios públicos.

En este sentido, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, en el Capítulo VII de su Título III, recoge los deberes que ha de respe-

tar todo funcionario público. Concretamente, el artículo 77.1 establece el deber de residencia en el término donde radique la oficina, dependencia o lugar donde preste sus servicios. Sin embargo, el apartado 2 de ese mismo precepto permite que el funcionario quede relevado del cumplimiento del deber de residencia cuando, por causas justificadas y siempre que sea compatible con el exacto cumplimiento de las tareas propias del cargo, así se autorice por el Subsecretario del Departamento u órgano en que éste delegue su competencia.

Al derivar esta autorización de la voluntad del funcionario que opta por residir en una localidad distinta de la que presta sus servicios, los gastos de desplazamiento no deben ser abonados en ningún supuesto por la Administración, ni aun en el caso de que, por una inadecuada baremación de los méritos del interesado en un concurso de traslado, se le adjudique plaza en un término municipal más alejado de su residencia habitual al que le hubiera correspondido si la resolución del concurso hubiere sido conforme a derecho.

Respecto a este deber de residencia, y su vigencia tras la promulgación de nuestra Constitución, hemos de recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 diciembre de 1986 (RJ 1986\7891), posterior, pues, a la Constitución, ya había proclamado la vigencia de dicho artículo 77 de la LFCE de 1964 y del consiguiente deber de residencia, y, a la hora de abordar su ajuste al artículo 19 de la Constitución, ha declarado la Sentencia del mismo Tribunal de 17 febrero 1992 (RJ 1992\2824), que la exigencia que dimana de la prestación de un servicio público prevalece siempre a los intereses de los funcionarios públicos en

cuanto éstos hayan accedido voluntariamente al ejercicio de la función pública asumiendo las obligaciones derivadas de su estatuto, entre ellas el deber de residencia. Asimismo, añade que con dicho deber de los funcionarios públicos en general y la imposición de la consiguiente obligación, no se infringe el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia derivado del artículo 19 de la Constitución, ya que el acceder a la función pública implica el tener que residir en un determinado lugar (salvo disposición expresa en contrario), de lo que cabe concluir que el lugar de residencia elegido es el que le corresponde por el puesto de trabajo y destino que desempeña, al aceptar el régimen estatutario que le es aplicable, pues el deber de residencia, en aras del cumplimiento de las obligaciones propias de la Función Pública, resulta de aplicación a todos los vinculados con la Administración por una relación de empleo.

Resulta claro, por lo tanto, la vigencia del citado deber de residencia del que parte la doctrina del Consejo de Estado para denegar, en casos como el ahora analizado, derecho alguno a indemnización por los gastos de desplazamiento.

No obstante, también es cierto que el propio Consejo de Estado, en su Dictamen nº 1489/1998 (relativo al anteproyecto de la Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública) consideró adecuada la no inclusión de este deber, señalando que “cabe significar la supresión del deber de residencia (presente aún en el artículo 77.1 LFCE), que algunas interpretaciones habían llegado a considerar derogado tácitamente por la Constitución, salvo las excepciones necesarias, por oponerse al derecho fundamental de liber-

tad de elección de residencia y carecer de justificación objetiva y razonable tal limitación cuando no impida el cumplimiento de sus deberes. En definitiva, siendo lo importante asegurar el cumplimiento de la prestación de servicio del funcionario, ésta queda garantizada a través del deber establecido en el párrafo e) (‘cumplir el régimen de jornada y horario establecidos’).

Por otro lado, analizando la posición de los tribunales en esta materia, observamos, en primer lugar, que los distintos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se refieren a reclamaciones de responsabilidad en las que el interesado se había visto forzado a cambiar su residencia habitual, o se había visto impedido para situar su residencia en el lugar elegido en el concurso, reconociendo una indemnización y aplicando analógicamente las cuantías recogidas en el Real Decreto 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio (entre otras, Sentencias de 20 de febrero y 14 de mayo de 2002; 25 y 27 de noviembre de 2003).

Por su parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en Sentencia de 17 de junio de 1999, señala, en un supuesto como el que nos ocupa, que “en cuanto al alcance de la responsabilidad patrimonial que ha contraído la Administración demandada, ha de estarse al resultado de lo alegado y probado por la parte recurrente, sobre quien pesa la carga de acreditar que el daño cuyo resarcimiento se pretende es real y efectivo; sin que tengan cabida en la noción de lesión antijurídica las meras especulaciones o las simples expectativas.

»(...) Se sigue de lo anterior la confirmación de que el daño económico alcanza al gasto por transporte para el desplazamiento desde el domicilio hasta el centro de trabajo durante la totalidad de los días laborables en los que el recurrente prestó servicios docentes.

»(...) El daño resarcible ha de quedar acotado, por tanto, al efectivamente producido por efecto del desplazamiento en los días lectivos en los que efectivamente se prestó servicio docente desde el municipio de San Sebastián hasta el municipio de Zarautz. En ausencia de prueba sobre la forma concreta en la que se produjo este desplazamiento, el daño ha de alcanzar al coste del desplazamiento en viaje de ida y vuelta en el mismo día utilizando el servicio público de transporte por carretera”.

Esta postura no ha sido siempre la misma, puesto que en Sentencia posterior, de fecha 20 de noviembre de 2000, la misma Sala ha mantenido en un supuesto similar al anterior que “la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios formulada por la demandante como acción complementaria a la de anulación no puede alcanzar éxito, puesto que la mera anulación de un acto no presupone derecho a la indemnización, tal como resulta de lo establecido en el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino solamente cuando proceda al darse el supuesto de conexión entre el acto anulado y los perjuicios y daños que se estiman indemnizables en función de la ilegalidad del acto recurrido y la causa de su disconformidad con el Derecho aplicable. Con todo, la ambi-

gua alusión a las incomodidades, gastos y perjuicios derivados del desplazamiento forzoso del domicilio al lugar del actual puesto de trabajo de la demandante, carecen de consistencia para reclamar indemnización máxime la obligación de residencia de los funcionarios públicos”.

Igualmente, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en Sentencia de 27 de abril de 1999, ha reconocido en un supuesto similar derecho a indemnización, tomando como base una certificación de precios expedido por Renfe (medio de transporte utilizado por el reclamante). Posición igualmente mantenida por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana en su Dictamen nº 241/2002.

Señalado lo anterior, este Consejo Consultivo considera que no es controvertido que la inicial Resolución del concurso de traslados determinara la exclusión y el desplazamiento laboral del recurrente para desempeñar un puesto de trabajo en un destino situado en Valencia de Don Juan y Mansilla de las Mulas, según el curso escolar, fuera del municipio de León donde tenía su domicilio; como tampoco lo es que este desplazamiento irregular determinara que el recurrente efectuara un desembolso económico, al menos en concepto de transporte desde su domicilio hasta el centro de trabajo, que no se hubiera producido con una actuación administrativa conforme a derecho (asignándole plaza en un centro de destino situado en el municipio de su residencia).

Hay que considerar el criterio establecido por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de junio de 2002 (RJ

6292/2002) y de 5 de noviembre de 1997 (RJ 177/1998), de aplicación a este supuesto, por el cual “entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel”. El reclamante, por consiguiente, no tiene el deber jurídico de soportar el daño económico que le haya producido el error cometido por la Administración, y que pudo corregirse antes de la resolución definitiva del concurso sin originar los inconvenientes ahora analizados.

Todo lo anterior, unido a la interpretación del deber de residencia y su no consideración con carácter absoluto, hace que este Consejo Consultivo considere que sí estemos ante un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona susceptible de indemnización.

Por lo tanto, al considerar que concurren en el presente caso todos y cada uno de los requisitos exigidos normativa y jurisprudencialmente para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo entiende que el error cometido por la Administración ha ocasionado un daño indemnizable, aunque limitado a los cursos 2001/2002 y 2002/2003, en los que el reclamante obtuvo el correspondiente permiso de residencia en la ciudad de León y excluyendo el curso 2000/2001, en que el interesado no disfrutó de dicha autorización. Es más, entiende que se llegaría a un absurdo si se considerase que en supuestos como el presente se reconociera la indemnización cuando el reclamante efectivamente traslade su residencia, pero no cuando, por razones personales o de otro

tipo y cuando la distancia y los medios de comunicación lo permiten, opte por desplazarse diariamente a su puesto de trabajo sin cambiar la residencia.

En cuanto al sistema para valorar la indemnización procedente, entendemos adecuada la utilización, como base referencial, de las cuantías recogidas en el Decreto 252/1993, de 21 de octubre, sobre indemnizaciones por razón del servicio del personal de la Administración de Castilla y León. En consecuencia, a falta de prueba sobre el medio de transporte utilizado, debe tomarse como criterio valorativo el coste del desplazamiento de ida y vuelta en el mismo día utilizando el servicio público de transporte. Por último, entiende este Consejo Consultivo que

no procede indemnización por la mayor permanencia en el centro, lo que el reclamante valora como “media dieta”, ya que estos mayores gastos no están suficientemente probados.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria, en la forma expuesta en la consideración jurídica última, en el expediente de responsabilidad patrimonial por la reclamación presentada a instancia de *D/D^a*... por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su exclusión de un concurso de traslados de funcionarios docentes.”

Jurisprudencia

A) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO

Selección por Patricia Boix Mañó

Letrada del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana

I/ Procedimiento de elaboración de leyes.

1. Omisión de informe preceptivo y remisión tardía de la Exposición de motivos y memoria explicativa al Congreso.

-Sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/1986 (RJ 1986/108) dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el recurso se alegaron, entre otras cuestiones, dos defectos en la tramitación de dicha Ley: uno, la falta de informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial; y otro, el hecho de que se remitiese tardíamente la Exposición de motivos y la Memoria explicativa. Respecto a la omisión del dictamen preceptivo, el Tribunal Constitucional refiere que “*el defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la elaboración de la Ley, que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto puede provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca*”. En cuanto al segundo defecto –remisión tardía de la Exposición de Motivos y Memoria explicativa–, se señala que “*el defecto indicado sólo tendría relevancia si hubiese menoscabado los derechos de los Diputados o grupos parlamentarios del Congreso, y siendo los hechos, en el caso de ser ciertos, plenamente conocidos por ellos sin que mediase protesta por su parte hay entender que los afectados no consideraron que existiese lesión a sus derechos, y que, si defecto hubo, fue convalidado por la misma Cámara, por lo que este Tribunal no puede entrar a examinar su existencia o relevancia*”.

II. Procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

A) Trámite de audiencia.

1. La participación en el trámite de audiencia no es preceptiva para las asociaciones voluntarias.

-La STS de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003/3067), reitera la jurisprudencia que estima que, en los procedimientos de elaboración de las disposicio-

nes generales, la audiencia sólo es preceptiva respecto de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley cuyos fines guarden relación directa con la disposición. Refiere que “*consideramos aplicable la jurisprudencia de esta Sala que, desde la sentencia de 8 de mayo de 1992 (RJ 1992/10675), no incluye, en principio, a las asociaciones voluntarias entre las que preceptivamente deben ser oídas bajo sanción de nulidad en caso de incumplimiento de ese trámite*”.

Ver: el artículo 24.1 c) de la Ley estatal de Gobierno y los correspondientes artículos de las Leyes de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

B) Petición de informes.

1. La exigencia del dictamen del Consejo de Estado (y de los órganos consultivos autonómicos) sólo es preceptiva en los reglamentos dictados en ejecución de la ley.

-En la STS de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003/2486), el Tribunal Supremo considera superfluo el reiterar el dictamen del Consejo de Estado con respecto a unas Órdenes dictadas en desarrollo de unos Reglamentos del IRPF y del IVA –dictados en ejecución de la Ley-, que “fueron controlados por el ‘Consejo de Estado’, mediante su oportuno y pertinente dictamen.

2. Innecesariedad de reiteración de dictamen en los supuestos de modificaciones no esenciales del proyecto inicial.

-La STS de 5 de marzo de 2003 (RJ 2003/3171) mantiene la innecesariedad de reiterar en dictamen del Consejo de Estado cuando se trate de modificaciones no sustanciales introducidas con posterioridad al texto inicial.

III) Responsabilidad patrimonial.

A) Cuestiones generales.

1. Relación de causalidad.

1.1 Innecesariedad de nexo causal directo y exclusivo.

-En la STS de 10 de abril de 2003 (RJ 2003/3504), se recuerda que la jurisprudencia “ha venido atemperando la vieja doctrina que exigía una relación directa y exclusiva entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido para que pueda exigirse la responsabilidad de la Administración, admitiendo la posibilidad de moderar el “quantum indemnizatorio” a cargo de la Administración cuando a la producción del resultado dañoso concorra, junto al actuar de aquélla, la conducta de la víctima o de un tercero con hechos que sin embargo no tengan relevancia suficiente como para romper el nexo causal entre el actuar de la Administración y el resultado aun cuando cooperen a la producción

de éste. Esta tendencia jurisprudencial se viene manteniendo ya desde la sentencia de 8 de marzo de 1967 en la que se admite que si la conducta del recurrente se interfiere en la relación de causalidad, pero tal interferencia no llega al extremo de neutralizar de todo la responsabilidad contraída por la Administración pero sí a atemperarla, ésta, en su concreción práctica, debe responder en función de las circunstancias concurrentes (...)"

1.2. Cumplimiento de las correspondientes normas de seguridad por la Administración: Inexistencia de nexo causal.

-En la STS de 7 de abril de 2003 (RJ 2003/3677), los hechos desencadenantes de la indemnización derivan de las lesiones sufridas por un joven, cuando para recoger una pelota que había caído al mar, se tiró al agua de cabeza en plena orilla, golpeándose en el fondo con un banco de arena de los que habitualmente se forman en la playa. El Tribunal estima que las normas sobre seguridad, auxilio, salvamento y señalización de las playas no habían sido incumplidas, *"pues naturalmente escapan a la previsión humana cualquier alteración o modificación de los fondos marinos que puedan producirse a consecuencia de las mareas en un litoral de las características del Atlántico"*.

1.3 Culpa exclusiva de la víctima: inexistencia de nexo causal.

-En la STS de 8 de abril de 2003 (RJ 2003/3683), una señora resulta herida al golpearse contra la pared de un edificio, como consecuencia de un fuerte golpe de mar, cuando paseaba por la calle Cabrales de Gijón. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ de Asturias desestimatoria de la reclamación de la interesada, y mantiene la inexistencia de nexo causal, *"toda vez que las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder de la accidentada hoy actora, toda vez que como señala la resolución recurrida, 'quien pese a la evidencia del temporal existente no dudó en circular por la zona donde lo hizo, sin duda convencida de que podía hacerlo sin riesgo alguno para su integridad física'. Es por ello que pese a la obligación de la Administración demandada del mantenimiento de las condiciones mínimas y elementales de seguridad de las calles y paseos públicos locales... no puede invocarse imprevisión de la Policía Municipal (...) toda vez que el golpe de mar que superó el Muro de San Lorenzo y alcanzó a la recurrente resultó inesperado..."*

1.4. Particular que asume voluntariamente un riesgo y concurre con la actuación de la Administración.

-En la STS de 29 de enero de 2004 (RJ 2004/39018), se cuestiona la existencia de responsabilidad de la Administración y de la propia víctima, al intentar cruzar el puente sobre el río Llobregat, no por el arcén de la carretera, sino por una zona no prevista para la circulación de personas ni de vehículos sita al margen de la carretera y separado del arcén por una valla metálica, valla que se vio en las necesidades de saltar al llegar al final del puente y al hacerlo sufrió una

caída que le originó las lesiones cuya indemnización se pretende. No se cuestiona la relación de causalidad entre el actuar de la Administración responsable del mantenimiento de la vía y el daño causado, limitándose el debate a dilucidar si la conducta de la perjudicada supuso la asunción voluntaria del riesgo. El Tribunal Supremo estima que *“la recurrente asumió voluntariamente un riesgo al circular a pie por una zona no habilitada con tal fin y en consecuencia debe soportar en parte el daño producido ya que su conducta, aún cuando la propia Administración admita que no es suficiente para romper el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado dañoso, lo que por otra parte no se discute, sí debe tomarse en consideración a la hora de fijar la indemnización puesto que aquella concurre con el actuar administrativo a la causación del daño, estimado esta Sala que es prudente la atribución por mitad al actuar administrativo y a la conducta del particular la responsabilidad del resultado dañoso final”*.

2. Deber jurídico de soportar.

2.1. Participación en manifestación ilegal; asunción de riesgo: deber jurídico de soportar los daños causados por las Fuerzas antidisturbios.

-En la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003/2356), el daño sufrido por el recurrente fue causado por el lanzamiento de un bote de humo por las fuerzas de antidisturbios, en el curso de disolución de una manifestación ilegal. El Tribunal Supremo refiere que *“En el presente caso, como resolvió en Sentencia de 27 de noviembre del año 2000 (RJ 2000/10017), la Sala entiende que los hechos relatados evidencian que, efectivamente, el daño fue causado por las fuerzas antidisturbios, pero que carece de la nota de antijuricidad ya que fue el recurrente el que creó la situación del riesgo al participar en una manifestación violenta viéndose obligada la fuerza pública a utilizar los medios de que disponía, en modo congruente con la finalidad a perseguir, al objeto de disolver la ilícita manifestación que venía produciéndose durante horas y para restablecer la seguridad y el orden público perturbado. Como en esa Sentencia afirmamos, una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias de 22 de abril de 1994, 1 de julio y 7 de octubre de 1995 (RJ 1995/7149), 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8786), 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/8679) ha declarado que corresponde al lesionado el deber jurídico de soportar el daño cuando, como en este caso, se arriesgó a participar en una manifestación violenta o ilegal (...)”* Se estima que la actuación administrativa fue proporcionada y se rechaza que “el impacto del bote de humo fuera consecuencia de un disparo efectuado a conciencia sobre el recurrente, sino que más bien sería resultado del azar, dadas las condiciones de extrema violencia en que se estaba desarrollando la manifestación (...)”

En la Sentencia que se comenta se cita la STS de 7 de octubre de 1995 (RJ 1995/7149) en la que se mantiene que el daño es antijurídico cuando la respuesta o reacción de las fuerzas de orden público es desproporcionada en medios o modos, atendidas las circunstancias.

3. Concepto de perjudicado.

3.1. A efectos de determinar el perjudicado con derecho a indemnización, no cabe confundir la responsabilidad patrimonial con la sucesión “mortis causa” y con el derecho a pensión.

-En la STS de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002/469) se examina el derecho a ser indemnizada la compañera de un soldado del Ejército de Tierra -con la que había tenido una hija-, que falleció al realizar un salto de tipo automático en la Escuela militar “Menéndez Parada” y no abrirse el paracaídas. El Abogado del Estado refiere que “la madre de la hija del causante es una extraña a los efectos legales, amén de que no está acreditado que viviera a expensas del causante” y reitera que la indemnización de que se trata es “un bien patrimonial que debe seguir como todos los demás las reglas de la sucesión intestada”. El Tribunal Supremo expresa que “Constituye ésta *–la responsabilidad patrimonial–*, en efecto una unidad jurídica mediante la que se hace posible obtener una justa indemnización por los daños antijurídicos (esto es: daños que el perjudicado no tiene el deber de soportar) originados por el mal funcionamiento de un servicio público (tomando esta expresión, como es sabido, en sentido amplio, muy próximo, cuando no coincidente, al que tiene la expresión fines institucionales de una organización pública). Dicha unidad jurídica no tiene nada que ver con la herencia ni con el derecho a devengar pensión, porque la indemnización que proceda abonar no forma parte de la herencia y tampoco es un sustitutivo ni un complemento, en sentido verdadero y propio, de la pensión que la legislación de clases pasivas reconoce a los herederos del causante. Estamos, pues, ante tres unidades jurídicas distintas —y hasta, si se quiere, distantes— cuya respectiva justificación y razón de ser mantiene entre sí una relación perfectamente heterogénea (...)”

4. Daño real y efectivo.

4.1. Ausencia de daño efectivo; anulación jurisdiccional del rescate de una concesión administrativa cuya ejecutividad fue suspendida; inexistencia de responsabilidad patrimonial.

-En la STS de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3630), se examina la posible responsabilidad de la Administración derivada de la anulación jurisdiccional del rescate de varios túneles que le habían sido concedido al reclamante para el cultivo del champiñón. La ejecutividad del acto administrativo en virtud de cual se había acordado el rescate de la concesión administrativa había sido suspendida por lo que el Tribunal Supremo refiere que “debemos desestimar el motivo de casación aducido, pues si es un hecho incontestable que la anulación de la autorización concedida pudo acarrear determinados daños al recurrente al verse privado temporal y coercitivamente de la autorización concedida para la plantación de champiñones en una serie de túneles de la línea ferroviaria Baeza–Utiel, lo cierto es que, en el caso que enjuiciamos, no se produjo en perjuicio del reclamante el daño real y efectivo sobre el que cimienta su acción de responsabilidad,

pues, como sostiene el Tribunal “a quo” (...), el acuerdo revocatorio de la autorización conferida no sólo no se produjo hasta el año 1987, sino que con posterioridad, y durante el tiempo que duró el proceso Contencioso-Administrativo, el Tribunal Superior de Justicia, con carácter cautelar, acordó la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado (...) En definitiva, los daños invocados no fueron efectivos y consiguientemente no existe conexión alguna entre el actuar administrativo y el resultado producido, pues, como señala como hecho probado la Sala de instancia, ‘ninguna prueba consta en autos que acredite la realidad y cuantía del daño’ ”.

5. Daño moral.

5.1. Legitimación: daño moral, personalísimo.

-En la STS de 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003/242), se examina el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ del País Vasco, que reconocía una indemnización al padre, como consecuencia del fallecimiento de su hija en un accidente de circulación, en el que se imputa la responsabilidad a la Diputación de Vizcaya, encargada del mantenimiento y conservación de la vía pública. En la Sentencia se acuerda indemnizar el daño moral del padre (único reclamante) con una cantidad incrementada en un 10% por la pérdida de ingresos que sufre la comunidad familiar. El padre interpone recurso de casación con fundamento en que actuó en favor de la comunidad familiar y debió también indemnizarse el daño moral de la madre de la víctima.

El Tribunal Supremo desestima el recurso y refiere que “*el daño moral es personalísimo, de modo que sólo puede reclamarse su reparación para un tercero cuando éste confiere su representación para formularla o se ostenta su representación legal, pero el marido ni tenía en este caso la representación conferida por su mujer ni ostenta su representación legal (...)*”

Así pues, el hecho de que cualquiera de los cónyuges pueda ejercitar una acción en beneficio de la sociedad conyugal no le atribuye, automáticamente y sin más, la representación para solicitar el daño moral del otro.

5.2. La Sentencia como instrumento de indemnización del daño moral.

-El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de abril de 2003 (RJ 2003/3515), refiere que “*es doctrina constante de esta Sala el carácter indemnizable de los daños morales, otra cosa es que esos perjuicios morales puedan entenderse compensados, en función de las circunstancias del caso, con la simple anulación del acto recurrido, tal es el supuesto de la sentencia de 3 de marzo de 1999..., pero en modo alguno puede interpretarse como que tales daños no son susceptibles de indemnización*”. En igual sentido, STS de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001/6689).

En la citada Sentencia de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999/3018), el Tribunal mantuvo que “(...) la existencia de un daño moral no siempre ni necesariamente puede resarcirse económicamente, ni tampoco tiene que serlo de esa guisa. Y es el caso que, valorando el conjunto de circunstancias que aquí han ocurrido –entre ellas la de haberse personado el interesado en Brujas sin esperar a que, por quien correspondía hacerlo, se le fijara el momento de su incorporación-, esta Sala considera que la presente sentencia constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por el daño moral. Y debemos aclarar que la respuesta que damos a esta parte de su petición es coherente con la que se emplea por Tribunales de nuestra cultura jurídica, cuando las circunstancias del caso así lo hacen aconsejable (cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 53/1998, de 28 de octubre, asunto de Pérez de Rada)”.

6. Fuerza mayor.

6.1. Fuerza mayor y caso fortuito: distinción; Accidente de tráfico por desprendimiento de rocas.

-El TS en su Sentencia de 31 de enero de 2002 (RJ 2002/5055), estima la reclamación formulada por los padres y por la compañera de la víctima fallecida, al ser alcanzado su vehículo por un desprendimiento de piedras. Como medida de contención, existía una malla metálica que estaba rota por muchos sitios, destinada a detener exclusivamente piedras de pequeño tamaño. Para el Tribunal, el relato de los hechos probados no permite hablar de fuerza mayor. En la Sentencia recuerda que *“esta Sala en sentencias de 25 de noviembre de 2000(RJ 2001/1550) y 19 de abril de 2001 (RJ 2001/2896), entre otras ha establecido la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor. En el primero de los supuestos, estamos en presencia de un evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos –en este caso el mantenimiento de las condiciones de seguridad de la carretera- producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, como ya reconocía la sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 1974 (RJ 1974/5132). En el segundo de los supuestos, la fuerza mayor, hay una determinación irresistible y exterioridad, indeterminación absolutamente irresistible, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista, de tal modo que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En tales términos, se han manifestado las sentencias de 23 de mayo de 1986 (RJ 1986/4455) y 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3233) al señalar que constituyen fuerza mayor: ‘aquellos hechos que, aun siendo previsibles sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado’ ”.*

6.2. Viento usual en la zona: Inexistencia de fuerza mayor.

-En la STS de 29 de junio de 2002 (RJ 2002/8799), el Tribunal Supremo enjuicia la existencia de responsabilidad patrimonial como consecuencia de las lesiones (gran invalidez) causadas al reclamante, al ser golpeado fuertemente

en la cabeza a causa de la caída de una rama de un árbol cuando se encontraba visitando el Jardín Botánico del Puerto de la Cruz. La Administración alega, entre otras cuestiones, la existencia de fuerza mayor al producirse la rotura de la rama del árbol por efecto de la fuerza del viento. En dicha Sentencia, si bien se reconoce la ajenidad del viento que se desencadenó el día aciago, como elemento característico de la fuerza mayor, se niega, no obstante, el requisito de la imprevisibilidad, dadas las condiciones climáticas de la zona (Islas Canarias). Se llega a la conclusión de que “el hecho acaecido fue previsible y podría haberse evitado cerrando prudentemente las instalaciones”.

7. Compatibilidad de indemnizaciones.

7.1. Las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con la indemnización por responsabilidad patrimonial.

-En la STS de 29 de junio de 2002 (RJ 2002/8799) -ya citada en el apartado referido a la fuerza mayor-, el Tribunal Supremo estima la procedencia de indemnizar al reclamante en concepto de responsabilidad patrimonial, a pesar de que percibía una pensión por gran invalidez y la remuneración de la persona que debía cuidarle corría a cargo del Instituto Social de la Marina. En dicha Sentencia recuerda que “es jurisprudencia consolidada la que declara que las prestaciones devengadas por aplicación del ordenamiento sectorial son compatibles con las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración por tener su causa en títulos diferentes y ser exigencia de ésta la plena indemnidad de la víctima, que no se alcanzaría con el percibo de las prestaciones prefijadas en las citadas normas sectoriales, de manera que la minoritaria y aislada orientación jurisprudencial de las Sentencias de 9 de febrero de 1987 (RJ 19876/2914), de 21 de marzo de 1989 (RJ 1989/2259), de 17 de julio de 1989 y 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/4303), ha sido abandonada y corregida por la constante y uniforme jurisprudencia de esta Sala que, como doctrina legal tiene en el valor que le asigna el artículo 1.6 del Código Civil (...)”.

En igual sentido, STS de 16 de octubre de 2002 (RJ 2002/10146)

8. Plazo de ejercicio de la acción.

8.1. Daños continuados; el plazo ha de computarse desde que las secuelas quedaron estabilizadas.

-En la STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000/9116), se examina el plazo de interposición de una reclamación formulada en relación con una deficiente asistencia sanitaria. El tribunal reitera la doctrina acerca del cómputo de los daños continuados, en cuya virtud el “día inicial en caso de daño continuado es aquél en que puede considerarse que las secuelas se han estabilizado, o –como hemos dicho otras veces- desde que se conocen de modo definitivo los efectos del daño causado”.

8.2 Día inicial del cómputo en reclamaciones por funcionamiento de servicios públicos (art. 142.5 de la Ley 30/1992).

-El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de octubre de 2001 (RJ 2001/10136) opta por excluir del plazo para reclamar, el día en que se produce el hecho o acto que motiva la reclamación y computar a partir del día siguiente; de lo que parece deducirse que aplica el cómputo del plazo de fecha a fecha, a partir del día siguiente, conforme a lo previsto en el artículo 5 de Código Civil. En ella señala, sin razonar el criterio, que *“en el caso que nos ocupa, el historial clínico obrante en las actuaciones prueba esa progresión en las secuelas que acababan determinando la muerte en la fecha indicada de 18 de diciembre de 1993 (fecha acreditada también por certificado del Registro civil obrante al folio 41 de los autos). Computando, como legalmente procede, el plazo de un año para reclamar desde el día siguiente, o sea el 19, es claro que ese año terminaba el 18 de diciembre”*. El mismo criterio, en cuanto al cómputo del plazo del año, se sigue en la Sentencia de 11 de julio de 2002, sin razonar dicho criterio¹.

8.3. Día inicial para reclamar en supuestos de anulación de actos (art. 142.4 Ley 30/92).

-En la STS de 15 de octubre de 2002 (RJ 2002/10144), el Tribunal declara que en los supuestos de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, el plazo para reclamar comienza a computarse “desde el día siguiente al de la notificación o de la publicación” de la sentencia definitiva, y no desde la diligencia en la que se declara su firmeza. Precisa el Tribunal que “la diligencia en la que declara la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo (...) es una actuación judicial de ordenación que se limita a constatar un hecho ya producido por ministerio de la Ley: que ha transcurrido, sin haberse formalizado recurso alguno (...)”

En la misma sentencia se indica que “notificada la sentencia a la recurrente en 21 de diciembre de 1992, el plazo terminó en 21 de diciembre de 1993” (utiliza el cómputo de fecha a fecha).

¹ La cuestión relativa al día inicial del cómputo para reclamar fue objeto de examen en los dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, nº 123/2000, de 6 de abril, y nº 215/2003, de 30 de abril. El Consejo Jurídico expresó en el primero de ellos, y reiteró en el segundo, que, con arreglo a la redacción del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, *“producido el hecho lesivo en una determinada fecha, en la misma fecha del siguiente año prescribe la acción para reclamar, lo que significa que el derecho a reclamar puede ejercitarse durante un año, cuyo cómputo comienza el propio día en que el efecto lesivo se produce (dies a quo), -pues ese mismo día, puede ya formularse la reclamación-, y expira el día anterior al del cumplimiento de un año del hecho lesivo (dies ad quem)”*. Este sistema de cómputo se infiere igualmente del dictamen del Consejo de Estado nº 3.730 / 1997, de 24 de julio. En dicho dictamen se señala que *“en el asunto sometido a dictamen se aprecia que el plazo anual para reclamar comenzó el día del accidente de circulación (27 de septiembre de 1992), sin que se interrumpiera por diligencias penales, toda vez que en el caso presente no tuvieron lugar actuaciones de esta índole tras el acaecimiento del siniestro [...] el plazo anual se inició el 27 de septiembre de 1992, y concluyó el 26 de septiembre de 1993 (al ser éste hábil). El día 27 de septiembre de 1993 debe reputarse fuera de plazo...”*

8.4. Plazo para reclamar ante la falta de actuación municipal en el reestablecimiento de la legalidad urbanística; se computa desde la prescripción de la infracción urbanística.

-En el supuesto examinado por la STS de 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5923), el recurrente basó su reclamación en la negligencia municipal al no haber impedido la construcción de un inmueble sin ajustarse a la licencia de obras otorgada, siendo así que el exceso en lo construido minusvaloraba el inmueble del reclamante. Las obras finalizaron el 23 de septiembre de 1987.

Según el Tribunal Supremo, *“prescrita la infracción urbanística el 23 de septiembre de 1991, debe considerarse dicho momento como “dies a quo” para el cómputo del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento. Si la inactividad municipal constituye –estando a los que declara la sentencia recurrida– una lesión resarcible a efectos de responsabilidad, dicha lesión se estabilizó o consolidó necesariamente como tal el 23 de septiembre de 1991. La falta de actuación municipal, que es en este caso el hecho motivador de la lesión resarcible, se ha ido produciendo en el tiempo a lo largo de cuatro años pero ha cobrado toda su dimensión o efectividad dañosa en el momento mismo en que la situación del edificio devino inmune a la actuación municipal por prescripción de la infracción. No es correcto, por eso, computar el plazo desde la finalización de las obras, como sostuvo el Ayuntamiento en instancia, ni desde el momento en que se rechaza la petición de reestablecimiento de la legalidad, como sostiene la sentencia recurrida. La acción de responsabilidad se debió ejercitar en el plazo máximo de un año a partir de la prescripción de la infracción urbanística (...)”*

B) Asistencia sanitaria.

1. Daños causados por contagios postransfusionales.

1.1 Contagio por VHC anterior a 1989 no es indemnizable.

-En la STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7540), se examina un supuesto de contagio de hepatitis postransfusional efectuada en el año 1982. El Tribunal Supremo casa la Sentencia del STJ de Canarias, al estimar que *“la imposibilidad de detectar el virus de la Hepatitis C en 1982 hace que el daño no resulte anti-jurídico por cuanto en el caso de autos está acreditado que la transfusión origen del contagio tuvo lugar en mayo de 1980 y no fue hasta mayo de 1988 que Eugenio y Ricardo, notificaron la clonación del virus de la Hepatitis C si bien no se publicó la patente en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta 1 de junio de 1989, siendo en este año, en fecha no mejor especificada, cuando se empezó a determinar los anti-VHC mediante pruebas de inmuno observancia enzimática, si bien, como se dice en las sentencias citadas, hasta octubre de 1989 no se publicaron en la revista Science los trabajos que permitieron el reconocimiento serológico del virus C de la Hepatitis y hasta el inicio de 1990 no se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus”*.

En igual sentido, SSTS 25 de noviembre de 2000 (RJ 2001/550); 10 de febrero (2001/2629); 19 de abril de 2001 (RJ 2001/2896); 5 de abril de 2000 (RJ 2000/3284); 24 de marzo de 2003 (RJ 2003/3655), entre otras, reiteran que cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento, no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo que hubiese sido donada por un enfermo diagnosticado de hepatitis no A no B.

1.2. Contagio de virus VIH derivado de transfusión de sangre anterior a 1985: riesgos del progreso.

-En la STS de 25 de enero de 2003 (RJ 2003/941) se examina un supuesto de contagio de virus VHS derivado de transfusión de sangre efectuada en el año 1984. En la sentencia reitera que *“hasta el año 1985 el estado de los conocimientos de la técnica no permitía detectar la existencia del VIH en sangre, por lo que todas las transfusiones de plasma, efectuadas con anterioridad a dicho año 1985, en que se hubiere podido inocular el indicado virus, no generan responsabilidad patrimonial para la Administración sanitaria por no ser la lesión causada antijurídica, según lo establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...), y así lo ha declarado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 25 de noviembre de 2000 (RJ 2000/550), 10 de febrero (RJ 2001/2629), 19 de abril (RJ 2001/2001), 11 de mayo (RJ 2001/7418), 19 (RJ 2001/10059), 21 de junio (RJ 2001/7425) y 1 de diciembre de 2001 (RJ 2001/5180), 14 de octubre de 2002 (recurso de casación 5294/1998), y 21 de octubre de 2002 (recurso de casación 5748/1998), al considerar como una causa de justificación los llamados riesgos del progreso”*.

El Tribunal matiza que, tanto si se considera la inoculación del virus VHS un supuesto de fuerza mayor (hecho externo a la Administración sanitaria), como si se estima un caso fortuito por no concurrir el elemento de ajeno al servicio, requerido para apreciar la fuerza mayor, *“lo relevante es que resulte imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus VIH, de manera que, en este caso, su posible contagio se un riesgo que debe soportar el propio paciente sometido a la intervención o tratamiento en los que fue necesario llevar a cabo dicha transfusión para atender el reestablecimiento de su salud, razón por la que, repetimos, el contagio del VIH no fue un daño antijurídico”*.

2. Lex artis.

2.1. Acto médico acorde con el estado del saber.

-El supuesto fáctico de la STS de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1817) está constituido por las secuelas permanentes padecidas por la reclamante a raíz de una intervención quirúrgica practicada en la Clínica de “Nuestra

Señora de Covadonga” de Oviedo. El Tribunal desestima la pretensión indemnizatoria al considerar que de los informes médicos no se deduce que la secuelas que sufre la interesada hayan sido producidas por la intervención quirúrgica, pero aun aceptando la posibilidad de que la causa de tales secuelas esté en dicha intervención, ésta fue realizada correctamente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad, de modo que no estaríamos ante una lesión que constituye un daño antijurídico. Refiere que *“Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

2.2 Infección causada en intervención quirúrgica; ausencia de prueba acerca de la imposibilidad de ser detectado y limpiado el elemento causante de la lesión.

-El supuesto examinado en la STS de 13 de marzo de 2003 (RJ 2003/3292), la reclamación se fundamenta en la secuelas padecidas por la reclamante como consecuencia de una infección causada en la intervención quirúrgica. El Tribunal expresa lo siguiente: “Sostiene la Administración que la actuación médico quirúrgica ha sido correcta y que, conforme a abundante literatura jurídica, dice, pese a los controles y medidas preventivas existe un porcentaje de infecciones inherentes a la propia intervención quirúrgica que no es posible modificar. El motivo no puede prosperar en este punto por cuanto, de una parte, no se ha acreditado por la Administración que el pseudomona aeruginosa, elemento causante de la infección sufrida por la demandante, no pudiera ser detectado ni eliminado por los servicios de salud encargados y responsables de la debida esterilización de los quirófanos y demás instalaciones sanitarias. No cabe tampoco olvidar que la Ley 26/1984... establece sin lugar a dudas la responsabilidad por daños originados por el correcto uso de los servicios cuando por su propia naturaleza o estar así establecido reglamentariamente, exijan la garantía de determinados niveles de seguridad y controles técnicos sistemáticos, considerando sometidos a este régimen los servicios de salud, correspondiendo a los servicios sanitarios efectuar dichos controles conforme a lo dispuesto en la Ley General de Sanidad 14/1986, artículo 18.11, no habiéndose acreditado, como queda dicho, que dichos controles no pudiesen técnicamente detectar la presencia del elemento causante de la infección. Pero es más, la sentencia de instancia declara como probado que el tratamiento con «Bacidal», aun cuando se estimase correcto, no se estableció hasta transcurridos varios días que fueron determinantes para la terapéutica adecuada, de donde infiere la Sala «a quo» que hubo funcionamiento anormal por el retraso en el tratamiento, retraso que no cabe discutir en casación al no haberse articulado un motivo por infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, único medio para combatir la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal de Instancia”.

2.3. Omisión del deber de informar a los representantes de un menor de los graves riesgos de la intervención quirúrgica.

-En la STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3258) se enjuicia una reclamación por responsabilidad sanitaria en la que se alega, entre otros aspectos, la falta de consentimiento informado a los representantes de un menor de los graves riesgos de la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometido, para corregir la coartación aórtica congénita que padecía. A consecuencia de dicha intervención le quedaron al menor secuelas permanentes de hemiplejía en extremidades inferiores. El Tribunal expresa lo siguiente:

-“respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativa, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad”.

-“El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa puede comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

-“Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no se excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general de la carga de ella prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, la incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

-Para el Tribunal, “al omitir el consentimiento informado –en el supuesto que se examina-, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de la autonomía personal, esencial en nuestro Derecho (...)”

-Refiere que “esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”. Para la valoración del daño moral se acude por analogía al sistema de valoración previsto en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor, concretamente, a la Tabla II para los daños morales complementarios en los casos de secuelas de especial gravedad.

-En la Sentencia de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003/359) el Tribunal Supremo estima cumplido el deber de informar a los padres de un menor de los graves riesgos de la intervención, señalando que “en cuanto a la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado, no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba (Sentencias de 26 de octubre de 2000 –recurso de casación 4448/1997, fundamento jurídico primero- y 3 de octubre de 2000 –recurso de casación 3905/1996...) y en este caso la información está acreditada mediante las declaraciones del cirujano contenidas en el expediente administrativo y no desmentidas en la instancia, mientras que el consentimiento se deduce de una lógica presunción, ahora regulada en el artículo 386 de la Ley de enjuiciamiento Civil y antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de 7 de enero, en el artículo 1253 del Código civil ya que, acreditada la información sobre los riesgos de la intervención quirúrgica el día antes de ser practicada, el sometimiento efectivo del menor a ella demuestra que los padres lo consintieron aunque en el expediente administrativo no aparezca un escrito firmado por ellos, razón por la que no podemos considerar, según la citada jurisprudencia, que haya habido un incumplimiento de la ‘lex artis ad hoc’ y, por consiguiente, un anormal funcionamiento del servicio sanitario como circunstancia relevante para apreciar la existencia de la antijuricidad del daño neurológico sufrido por el menor”.

C) Accidentes de circulación.

1. Daños causados por líquido oleaginoso en la vía: Unificación de doctrina.

-El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, refiere en su Sentencia de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003/393) que “*corresponde a la Administración titu-*

lar de servicio la prueba sobre la incidencia, como causa eficiente, de la acción de terceros, y salvo en el supuesto de hecho notorio le corresponde también a la Administración acreditar aquellas circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial a los usuarios del servicio derivadas de la acción de terceros y para reparar los efectos dañosos producidos por los mismos (...) y, en definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicaran la peligrosidad del pavimento.

Y, no es obstáculo a ello que en el presente caso la Sala de Instancia, en ausencia de aquella actividad probatoria imputable a la Administración, considere que cabe presumir una actuación eficaz de la misma, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y si éste ocurrió en fecha inmediatamente anterior al accidente, Y ello porque (...) el hecho (...) de que no existiera ningún otro accidente en aquella zona, nada acredita, partiendo de la base de que la mayor o menor circulación de vehículos automóviles por la vía urbana no permite, sin más, suponer la inmediatez entre el derrame y el accidente...”

2. Manchas de aceite: elemento normal en la carretera; Inexistencia de responsabilidad patrimonial.

-En la STS de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003/2142), el reclamante fundamenta su reclamación en las lesiones y los daños sufridos por un accidente de tráfico acaecido al invadir el carril izquierdo y colisionar con un vehículo que circulaba en sentido contrario. Para el reclamante la presencia e impregnación de aceite y combustible en la calzada fue un factor determinante del accidente ocurrido, entendiéndose por tanto que debía reconocerse la existencia del nexo causal entre el daño causado y el actuar de la Administración.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no existió una conexión de causa a efecto entre el estado del firme de la carretera y el accidente sufrido por la víctima (fallecida), pues las manchas de aceite “*no eran extraordinarias ni recientes, sino las normales que se encuentran en todas las carreteras y en especial en la que se produjo el accidente, en atención al trazado sinuoso y pendiente de la carretera, que obliga a los vehículos pesados a circular a velocidades cortas, lo que provoca salpicaduras de aceite y combustibles que se van secando con el tiempo*”. Se estima que el accidente se debió a culpa de la víctima por circular con exceso de velocidad.

D) Responsabilidad en el ámbito educativo.

1. La titularidad del servicio público o de la infraestructura material no son títulos de imputación automáticos de responsabilidad.

-En la Sentencia de 5 de junio de 1998 (RJ 1998/5169), el Tribunal Supremo señala que “*la prestación por la Administración de un determinado ser-*

vicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema provincialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

2. Patada involuntaria en el lance de un juego: golpe fortuito; Inexistencia de responsabilidad.

-La STS de 24 de julio de 2001 (RJ 2001/5410) examina los daños sufridos por un alumno menor de edad, como consecuencia de recibir en el ojo derecho una patada de un compañero, mientras jugaba a fútbol durante el recreo, en el patio del colegio. El Tribunal Supremo declara que *“no cabe, por tanto, imputar la lesión a la Administración docente, habida cuenta que la lesión causada, exclusivamente deriva y trae causa directa e inmediata del golpe fortuito -patada involuntaria- recibido de un compañero del juego en un lance del mismo, sin que, por ende, pueda, desde luego, afirmarse que la lesión fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos docentes, so pretexto de encontrarse los alumnos en el recreo, en el interior del patio, dedicados a la práctica de los habituales juegos, pues tales circunstancias, sobre no denotar falta del debido control por el profesorado del Colegio, ya que la lesión se habría producido, cualquiera que hubiera sido la vigilancia, es de tener en cuenta además que la forma en que se causó la lesión producida, repetimos, en un lance del juego, sólo es demostrativa de que en el Colegio se desarrollaba una actividad física, integrante de la completa educación, en sí misma insuficiente para anular el daño a la gestión pública, la prestación del servicio público docente, ajeno desde luego a la causación de aquél”*. Y añade dicha Sentencia que en el concreto supuesto enjuiciado no concurre el imprescindible nexo causal, que rechaza por derivar el daño de un mero lance de juego practicado por los niños, que debe ser considerado como ajeno a las prestaciones exigibles al servicio público docente”.

3. Lesión en el ojo durante una actividad extraescolar: exclusión de una interpretación laxa del instituto de la responsabilidad.

-En el supuesto de la STS de 27 de julio de 2002 (RJ 2002/8393), resuelve un recurso de casación cuyo presupuesto fáctico es el de un menor que sufre pérdida de visión, durante una actividad extraescolar “el día del árbol”, en la que “le saltó al ojo derecho un cuerpo extraño a la hora de plantar un árbol”. El Tribunal considera que una interpretación laxa de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *“hasta el extremo de convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva*

ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos (...) puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal... ”. No se aprecia la existencia de responsabilidad. En igual sentido, STS de 9 de mayo de 2001 (RJ 2001/4175) y 3 de diciembre de 2001 (RJ 2002/206).

4. Recepción de un balonazo en un partido de fútbol: inexistencia de responsabilidad.

-En la STS de 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8649) el Tribunal examina la posible imputación a la Administración del fallecimiento de un alumno, en el curso de un partido de fútbol, a consecuencia de la recepción de un balonazo. Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, recoge las tesis de las Sentencias de 5 de junio de 1998 y 24 de julio de 2001, y casa la Sentencia de Instancia que reconocía el derecho a indemnización.

5. Incumplimiento de la vigilancia de menores; caída de una niña al intentar subir al autobús escolar; concurrencia de culpas.

-En la STS de 20 de enero de 2003 (RJ 2003/886), el supuesto fáctico está constituido por el fallecimiento de una niña de ocho años que cae cuando intentaba tomar el autobús escolar que la condujera al lugar de su residencia. El Tribunal de instancia estima la concurrencia de culpas y afirma que “aunque el accidente se produjo singularmente al resbalar y caer la niña fallecida al suelo, justo al lado derecho de la rueda delantera del vehículo, cuando con otros compañeros de su misma edad se dirigieron corriendo para coger el autobús que iba a recogerles a la salida del colegio público, considera que, dado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración hubo una disfuncionalidad del sistema educativo, respecto a la vigilancia de los menores, no inclusión de acompañante e indeterminación de la parada”. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia y señala que “El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración impone, según hemos declarado en nuestras sentencias de dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho (RJ 1998/1679), quince de marzo de mil novecientos noventa y nueve (RJ 1999/4440), nueve de abril (RJ 2002/3461), nueve de julio (RJ 2002/7648) y veintitrés de diciembre de dos mil, que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionada a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia (...)”

6. Actividad deportiva con riesgo (descenso por un río).

-En Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003/3212), examina la reclamación formulada por los padres y la hermana de

una niña que fallece como consecuencia del vuelco de una canoa con ocasión de una excursión efectuada para bajar el río Sella, organizada por su Instituto, dentro del programa de actividades deportivas en la Naturaleza desarrollado en dicho centro. El Tribunal refiere, recogiendo la doctrina del Tribunal de Instancia, que “la actividad deportiva de que se trata en este caso, encuadrada dentro del programa escolar, es una actividad de riesgo, el descenso de un río, el Sella, en que, consta que –al menos- hay ‘un tramo peligroso por la existencia de rápidos o rabiones’, y que es, precisamente, en esos rápidos donde se produce el accidente”. Se excluye que parte de la responsabilidad quepa imputarla a los padres de la víctima que debieron valorar el riesgo inherente a dicha actividad.

E) Actividades organizadas por la Administración.

1. Organización competitiva: partido de fútbol.

-En la STS de 1 de julio de 2002 (RJ 2002/6300) se examina la responsabilidad por los daños causados a la recurrente en el curso de un partido de fútbol organizado por el Ayuntamiento. Según el Tribunal Supremo, “no hubo un nexo causal imputable al Ayuntamiento, pues el accidente se produjo durante el ejercicio de un deporte en donde cada juzgador asume el riesgo que se deriva de sus propias incidencias”.

F) Responsabilidad en materia urbanística.

1. Anulación de licencia de obras; Conducta culposa del peticionario al presentar un Proyecto con una superficie del solar doble de la real; Inexistencia de responsabilidad patrimonial.

-En la STS de 15 de abril de 2003 (RJ 2003/3775), el recurrente solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la anulación de una licencia de obras que le había sido concedida el 26 de noviembre de 1981, para la construcción de una vivienda unifamiliar, y por la posterior demolición de la obra construida al amparo de dicha licencia. La indemnización se cifra en atención a la obra realizada y demolida y a los gastos de demolición. En el Proyecto técnico presentado para la obtención de la licencia, la superficie de la finca en la que iba a construir figuraba como de 1.168 metros cuadrados, cuando en la realidad tal superficie era aproximadamente la mitad. Según el Tribunal, “No estamos, pues, ante un caos en que sea imposible atribuir al administrado reproche alguno sobre su forma de actuación (como es, por ejemplo, el caso resuelto en la sentencia de 14 de diciembre de 1983, en que la conducta del particular quedó limitada a solicitar la licencia, aun a sabiendas de que no era autorizable, según dicha normativa). Estamos, por el contrario, ante un supuesto en que la exoneración de responsabilidad de la Administración viene determinada por dolo o culpa del peticionario de la licencia, por “la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, demás circunstancias concurrentes, etc., mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración” (como ocurría en los casos resueltos en sentencias de 26 de sep-

tiembre de 1981, 14 de diciembre de 1983, 3 de diciembre de 1986 y 30 de enero de 1987). Dicho con otras palabras, estamos aquí ante un asunto semejante a tantos otros en que el proyecto se presenta “ocultando o desfigurando datos que puedan inducir a error a la Administración” (así en el resuelto en la sentencia 22 de noviembre de 1985). Por todo ello, y a la vista de lo que la Sala de instancia declara probado, resulta evidente que se ha respetado el artículo 240 de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, como también el 232 de la de 9 de abril de 1976, que establecía idéntica regulación, ya que en el caso que nos ocupa, el recurrente incurrió en la conducta irregular de presentar un proyecto con el dato inexacto de atribuir al solar una superficie doble de la real, induciendo así a error al Ayuntamiento demandado”.

-La STS de 25 de junio de 2003 (RJ 2003/4460), se examina una reclamación fundada en los perjuicios sufrido por el actor y derivados de la limitación impuesta, por razón del Patrimonio Histórico Artístico, en el proyecto de edificación de unas viviendas. Para el Tribunal, el derecho de indemnización no se funda en lo dispuesto en el artículo 87.3 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, aplicable a las disminuciones de aprovechamiento urbanístico derivadas de la ordenación urbanística, lo que no acontece en el caso examinado en el que la limitación es impuesta por razón de la conservación del Patrimonio Histórico Artístico. El derecho de indemnización se fundamenta, en dicho supuesto, en el propio instituto de la responsabilidad patrimonial, ya que “es una restricción legítima, pero que está establecida en beneficio de la colectividad y que, por tanto, el actor no está obligado a soportar a expensas de su propio patrimonio. (Artículo 139-1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues se dan todos los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo por ella (...)”

G) Responsabilidad por suicidios en centros públicos.

1. Necesidad de que la Administración incurra en “culpa in vigilando” para la existencia de responsabilidad.

-En la STS de 2 de febrero de 2004 (RJ 2004/54459), el Tribunal desestima, siguiendo su doctrina, la existencia de responsabilidad patrimonial por el suicidio de un preso en establecimiento penitenciario, al no apreciarse anomalía en el actuar de la Administración. Se señala que “ese intento voluntario de terminar con su vida no excluye la posibilidad de que en la producción de los hechos contribuyeran otras causas aunque en concurrencia con la voluntad del actor; y en este sentido se ha pronunciado el TS en sus sentencias de 10-12-87 y 13-3-89 dictadas en casos análogos. Si se apreciase que la Administración ha incurrido en negligencia o en culpa “in vigilando” su responsabilidad, aunque minorada, subsistiría”.

- En la Sentencia del TS de 27 de enero de 2001 (RJ 2001/5377), se estima la reclamación formulada por los hijos como consecuencia de la muerte de su madre, paciente de la Unidad de Psiquiatría del Hospital Central de Asturias,

por sumersión en la bañera de los aseos de la planta. El Tribunal refiere que “*en el caso enjuiciado la psicosis delirante de la fallecida, unida a la medicación que se le suministraba para su tratamiento, no hacía imprevisible ni inevitable lo ocurrido de haber existido el control y vigilancia adecuados con el fin de impedir que la enferma pudiera tomar un baño sin la atención y cuidado del personal de enfermería, que, de haber existido, hubiera podido evitar que se produjese la asfixia de la paciente por sumersión en la bañera, hecho acaecido, además, a escasos metros de donde se situaba el puesto de enfermería*”.

H) Daños causados por contratistas de la Administración.

1. Daños causados en ejecución de contrato de obras; reclamación del perjudicado ante el órgano de contratación que declara la responsabilidad del contratista.

-En la STS de 30 de abril de 2001 (RJ 2001/6852), el reclamante había sufridos los daños enana tramo de obras adjudicadas por el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, a la entidad Panasfalto S.A. Las obras no estaban adecuadamente señalizadas. Interpuesta la reclamación ante el expresado Ministerio, éste, tras la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en el que dio audiencia a la contratista, declara la responsabilidad de la entidad Panasfalto S.A.

La citada entidad impugnó la resolución administrativa ante la Audiencia Nacional, cuya Sentencia, de 22 de marzo de 1196, declaró la nulidad de dicha resolución en el exclusivo particular que proclama la obligación directa de indemnización a cargo de Panasfalto S.A. Impugnada la Sentencia de la Audiencia Nacional por el Abogado del Estado en recurso de casación, el Tribunal Supremo expresó lo siguiente:

“Recuerda luego el Abogado del Estado que en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas jurisprudenciales y así lo recuerda la sentencia de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994,7399): ‘Una tesis que es la de la sentencia ahora recurrida, ha entendido que el art. 134 habilita al particular lesionado para exigir de la Administración contratante, titular de la obra pública, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la obra en trance de ejecución, realizada a través de contratista interpuesto, debiendo la Administración si se dan los requisitos de responsabilidad abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista. Esta es la tesis mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973, y la mantenida, como se ha dicho ya, por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Nacional, que se remite al dictamen de 18 de junio de 1970. La segunda tesis es la que interpreta el art. 134 según su literalidad, es decir, como una acción dirigida a obtener un pronunciamiento sobre la responsabilidad en atención al reparto de la carga indemnizatoria en los términos del propio precepto; es decir, que la Administración declarará que la responsabilidad es del contratista, salvo que exista una orden de aquélla que haya provocado el daño

o salvo que el mismo se refiera a vicios del proyecto. En los demás supuestos la reclamación, dirigida ante el órgano de contratación, será resuelta por la Administración, decidiendo la responsabilidad que debe ser satisfecha por el contratista’.

Esta segunda línea jurisprudencial es la tesis correcta a juicio de nuestra Sala no sólo porque el texto del artículo 137 citado es clarísimo, en su misma redacción literal, pues carece de sentido -pues atenta el principio de economía procesal- que, teniendo como tiene la Administración potestad de interpretar el contrato, y por tanto las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa, en su caso procesal, para que el pago se haga efectivo”.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y confirma la resolución de la Administración, en la que se declara que la expresada entidad está obligada al pago de la indemnización que dicho acto declara y en la cuantía que se establece.

En igual sentido, STS de 30 de octubre de 2003 (RJ 2003/7973).

2. Inexistencia de responsabilidad de la Administración Pública por daños causados por su contratista.

-En la STS de 24 de abril de 2003 (RJ 2003/5409), se examina la reclamación formulada por un particular como consecuencia de los daños sufridos en una finca de su propiedad, como consecuencia de unas obras de demolición encargadas por el Ayuntamiento de Breña Alta a un contratista. Según el Tribunal Supremo, si bien se produjeron daños en el edificio del reclamante con ocasión de la demolición ordenada por sentencia judicial previa, “éstos no son imputables a la Corporación municipal... considera que tales daños, y en concreto los producidos por la lluvia , que son los únicos que en la sentencia se reconocen al no adoptarse por el contratista las medidas provisionales de precaución establecidas en el proyecto de demolición, no derivan directamente de la actividad que realiza la Administración al ejecutar la sentencia, ya que estos daños no tiene relación con la aprobación del proyecto de demolición, con la elección del contratista, con el ejercicio de las facultades de inspección sobre la ejecución de la obra, sino que emanan o derivan de la ejecución material de la misma obra”.

1) Daños derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

1. Ejercicio de potestades discrecionales: inexistencia de lesión anti-jurídica.

-El supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/6881), se deniega a una entidad la licencia de apertura de un supermercado. La entidad recurre ante el STJ de Valencia dicha denegación y solicita una indemnización por el daño causado, circunscrito al alquiler de los locales arrendados. El STJ declara la ilegalidad de la denegación, pero no reconoce el derecho a indemnización.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia del STJ y señala que “*en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir. En supuestos de este tipo es de entender que, siempre que el actuar de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables, debe considerarse que no existe lesión antijurídica (...) si bien el otorgamiento de la licencia era de carácter reglado, las autoridades municipales tenía potestad discrecional para otorgar o no las referida licencia con objeto de asegurar y salvaguardar el interés público. El ejercicio de la citada potestad se llevó a cabo a la vista de los informes que obraban en el expediente administrativo, los cuales como se dicho más arriba se pronunciaron en ocasiones en sentido favorable a que se otorgase la licencia, mientras que en otros casos el informe o dictamen fue contrario. La actuación del Ayuntamiento fue por tanto razonada y razonable, por lo que no se trata de un supuesto en que el particular, en este caso la empresa, no esté obligado a soportar el daño*”.

J) Indemnización en materia de empleados públicos.

1. Daños sufridos por un artificiero en la desactivación de un explosivo: normalidad o deficiencia en la prestación del servicio público.

-En la STS de 1 de febrero de 2003 (RJ 2003/2358), el supuesto fáctico está constituido por las lesiones sufridas por un artificiero de la Guardia Civil en la desactivación de un explosivo. Según el Tribunal Supremo, a efectos de la posible responsabilidad patrimonial, la clave está en la normalidad o deficiencia de la prestación del servicio público.

En la Sentencia se expresa que “*En el supuesto de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la Sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000 (RJ 2000/3352)...* En el funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionamiento público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal... para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado. En el supuesto de que ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de todos los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, pero en el supues-

to de que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, la indemnización en su favor habrá de moderarse en atención a su grado de participación”.

En el supuesto examinado, el Tribunal Supremo recoge el parecer del Tribunal “a quo” acerca de la insuficiencia de indumentaria y equipamiento de protección adecuados, entre otras circunstancias, que llevan a estimar la responsabilidad de la Administración y el derecho a indemnizar al reclamante por las lesiones sufridas en la desactivación de un explosivo.

2. Explosión de petardo a empleado público municipal.

-La STS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2820) tiene su origen en la reclamación formulada como consecuencia de los daños sufridos por un empleado público al explotarle junto a la cara uno de los cohetes lanzados por grupos radicales que impedían la colocación de las banderas el día grande de las fiestas de Bilbao. El Tribunal estima que la Administración era conocedora del riesgo y, por tanto, *“ha existido una conducta omisiva de la Administración que ha cooperado a la causación del daño al estar acreditado que la lesión vino desencadenada por la prestación de su trabajo en condiciones poco idóneas al no establecerse las debidas precauciones”.*

K) Responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos.

1. Alteración del trazado de una carretera; modificación del acceso a los edificios colindantes.

-El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 14 de junio de 2001 (RJ 2001/7421), examina un supuesto de responsabilidad planteado por la titular de un establecimiento hotelero colindante a una carretera, cuyo trazado se modifica por la Administración. El Tribunal declara que el simple cambio de trazado de las carreteras con la consiguiente modificación del acceso a los edificios colindantes no integra los requisitos exigidos en materia de responsabilidad patrimonial para que den derecho a indemnización. Se *“carece del derecho a que la carretera transcurra por el mismo lugar y el acceso a la misma mantenga su configuración”.* *“Puede existir responsabilidad cuando se produzca un perjuicio singular y efectivo más allá de la mera frustración de las expectativas generadas por la colindancia a la vía pública, como podría ocurrir si se obstaculiza de modo inadecuado el acceso a las instalaciones del recurrente o éste fuera titular de autorización o concesión de algún tipo o no se hubieran adoptado medidas compensatorias exigibles en función de la nueva situación”.*

En la expresada Sentencia se indica, además, que el principio constitucional de libertad de empresa no resulta afectado por los inconvenientes que puedan derivar de la modificación de la situación económica o comercial que sea consecuencia del legítimo ejercicio de las potestades administrativas de innovación de la realidad física y jurídica, en aras del interés general, si no va acom-

pañada de la infracción del principio de confianza legítima o de la ausencia injustificada de medidas de compensación exigibles.

En el supuesto enjuiciado se desestima la reclamación de la titular del establecimiento hotelero colindante a la carretera, al tratarse de un mero cambio de trazado de la carretera sin privación de acceso.

2. Ejecución de obra pública; cierre del paso de vehículos y dificultad de acceso peatonal a un local de negocios.

-En la STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/5386), se formula reclamación por responsabilidad patrimonial por daños causados en el volumen de negocio de un concesionario automovilístico, durante los años 1992 y 1993, como consecuencia de las obras del ferrocarril metropolitano ejecutadas por la Generalitat Valenciana que impidieron el acceso al negocio durante un período determinado de tiempo, y cuyo establecimiento se ha tenido que cerrar a causa de tales obras. El TSJ de Valencia, no obstante reconocer la existencia de daño efectivo y la dificultad de acceso al establecimiento, desestima la reclamación por considerar que “los beneficios derivados del número de vehículos dejados de vender son inferiores a los gastos derivados del sostenimiento del local en cuestión”.

El TS casa la Sentencia por incongruente, y estima la reclamación al resultar acreditada documentalmente la imposibilidad de tráfico rodado por la calle en que estaba sito el local de exposición y venta de vehículos, así como acreditado, mediante las fotografías que obran en las actas notariales, la dificultad, cuando menos incomodidad, de acceso peatonal. No afecta a tal parecer el hecho de que el titular del negocio procediese al cierre del local, pues imposibilitado el acceso de vehículos es obvio que éstos no podían entrar ni salir del establecimiento, siendo las consecuencias prácticamente las mismas o aun más graves atendidos los gastos que de mantener abierto el local evidentemente ocasionaría. El montante de la lesión patrimonial se fija en el beneficio medio de los vehículos no vendidos, según la cifra de ventas facilitada por el reclamante.

3. Actividad industrial debidamente suspendida por la Administración como consecuencia de la aparición de un brote epidémico; deber de indemnizar.

-En la STS de 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002/181) la cuestión de fondo versa acerca de los daños derivados de la suspensión por el Gobierno Valenciano de la actividad de una empresa dedicada a la estampación textil, por aerografía, como consecuencia de la aparición de un brote epidémico en el área de la salud de Alcoi.

La medida de suspensión temporal de la Empresa Aeromán SL venía justificada por el artículo 43 CE, así como por los artículos 4 y 19 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 26 de la Ley General de Sanidad. Para la Administración los daños sufridos por la empresa no son indemnizables, por cuanto derivan de la adopción de una medida de carácter sanitario, obligatoria para todo el sector de la

aerografía textil. El Acuerdo del Gobierno Valenciano responde a una necesidad urgente y perentoria de preservar la salud de los trabajadores y se adopta con la debida generalidad y, por tanto, no se puede considerar que constituya una privación singular de derechos de la empresa, sino la aplicación de una previsión legal.

Para el Tribunal Supremo, “según se desprende del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia y como reconoce la propia Administración demandada, las prórrogas de la suspensión y prohibición de la estampación textil, por aerografía en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, se deben a que hasta la fecha y pese a las investigaciones llevadas a cabo, no se ha podido determinar con exactitud el agente o agentes causantes de las graves alteraciones en la salud de los trabajadores. De ello se deduce que la Administración, en virtud de las potestades que le atribuyen el Estatuto de los Trabajadores y la Ley General de Sanidad, suspende la actividad, pero, en modo alguno acredita que el daño provenga de la actividad que desarrolla la Empresa recurrida que, por otra parte y como también reconoce la Sentencia de instancia, ha cumplido con todas las exigencias administrativas (proyecto técnico, licencia municipal... y Legislación de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

Se considera, acertadamente por el Tribunal de instancia, que las consecuencias de los daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio de una potestad administrativa lícita pero dañosa, no deben ser soportadas por quien tenía su industria abierta con todas las formalidades exigidas por la normativa vigente, máxime cuando la Administración, según sus propias manifestaciones, no ha podido acreditar la causa o causas de las graves alteraciones de la salud de los trabajadores. Todo ello justifica que no nos encontremos ante un supuesto de fuerza mayor, como razona la recurrente, única hipótesis que justificaría la exención de responsabilidad de la Administración”.

IV. Revisión de oficio de disposiciones generales.

1. Revisión de disposiciones generales bajo la redacción inicial del artículo 102 de la Ley 30/1992.

-El Tribunal Supremo, tras reconocer que bajo la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, se había admitido la revisión de oficio de las disposiciones generales, en la Sentencia de 22 de diciembre de 1999 (RJ 2000/804)², declara que no es posible, durante la vigencia de la Ley 30/1992 -en su redacción inicial-, la declaración de nulidad de las disposiciones administrativas en vía administrativa, excluyendo, por tanto, la potestad de la Administración de revisar de oficio aquéllas. Una doctrina, basada en una interpretación literal de la norma, y que considera avalada por el trámite parlamentario de la norma.

2. Una crítica a esta Sentencia efectúa Javier García Luengo en su artículo “La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)”, *Revista de Administración Pública*, nº 154, enero-abril 2001, pp. 203 a 241.

2. Revisión a iniciativa de particulares: exclusión tras la Ley 4/1999, de 13 de enero.

-Admitida de forma expresa la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general tras la Ley 4/1999, se plantea la posibilidad de solicitud de nulidad a instancia de parte. En la STS de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2002/2730), el supuesto de hecho lo constituye la impugnación por el recurrente del acuerdo de inadmisión adoptado por el Consejo de Ministros de su solicitud de revisión de oficio de una disposición de carácter general.

El Tribunal Supremo –atendiendo a lo establecido en la Ley 30/1992, en su redacción dada por la Ley 4/1999- concibe la revisión de oficio de las disposiciones generales como una auténtica y verdadera actuación “ex officio”, respecto de las cual los particulares carecen de toda acción de nulidad y sólo pueden actuar por virtud del derecho de petición reconocido en el artículo 29 CE. En dicha Sentencia se señala que *“los particulares que ejerzan el derecho constitucional de petición, solicitando la revisión de oficio de disposiciones generales, carecen de acción para impugnar el acuerdo que adopte la Administración Pública, cualquiera que sea su significado”*.

En la misma línea STJ del País Vasco, Sentencia de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002/756).

V. Recurso extraordinario de revisión.

1. La expedición de certificaciones –como documento esencial- no puede quedar al arbitrio del interesado.

-En la STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003/434), el recurrente pretende hacer valer, como documento de valor esencial a partir del cual debe computarse el plazo para interponer el recurso extraordinario de revisión, una certificación registral de fallecimiento. Según el Tribunal Supremo, *“La interpretación del artículo 118, apartado dos, de la Ley 30/1992 (lógicamente restrictiva, dada la naturaleza extraordinaria de un medio de impugnación de actos administrativos firmes) no puede consentir que se deje al arbitrio del recurrente en revisión, una vez que sabe de modo cierto que una persona ha fallecido, la “elección” del momento en que se instará la expedición del certificado registral de la defunción para, a partir de ese momento, comenzar el cómputo del plazo de tres meses en el que ha de aportarlo como documento de valor esencial para la resolución del asunto”*.

VI. Contratación

A) Extinción de contratos.

1. Omisión del dictamen del Consejo de Estado: resolución improcedente.

-En la Sentencia de 16 de julio de 2002 (RJ 2002/7097), el Tribunal Supremo declara que la resolución del contrato de suministros de contenedores

para la recogida selectiva de vidrio, con oposición del contratista, es contraria al ordenamiento jurídico, por haberse omitido el dictamen del Consejo de Estado. Se afirma que *“el único condicionante que excluye su intervención en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista, mas no cuando éste se opone a la pretensión indemnizatoria”*.

En dicha Sentencia se cita la Sentencia de 20 de enero de 1992 (RJ 1992/622), en la que *“se relativiza hasta cierto punto la exigencia del dictamen del Consejo de Estado, cuando es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habrá de ser el mismo (...)”*

2. Inexistencia de culpa del contratista en el incumplimiento de los plazos establecidos; no procede incautar la fianza ni la indemnización por daños.

-En la STS de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/8052), la contratista incumplió los términos del contrato de obras, al no haber procedido a la entrega completa y en plazo de la documentación a que, según los Pliegos de Condiciones, venía obligada. Al no haberse acreditado el plus de existencia de culpa por su parte, el TSJ de Murcia estima que procede la resolución del contrato sin la incautación de la fianza. El Tribunal Supremo confirma la resolución del contrato, pero excluye tanto la incautación de la fianza como la indemnización de daños y perjuicios. Señala que *“la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios (art. 54 LCE) están estrechamente unidas, hasta el punto de que la segunda presupone la primera (...) no cabe excluir la incautación de la fianza por apreciarse ausencia de culpa, para decir a continuación que resulta procedente la indemnización de daños y perjuicios, que requiere asimismo, de forma inexcusable, esa culpa por parte del contratista”*.

En la Sentencia que se comenta se citan las siguientes: -STS de 20 de abril de 1999 (RJ 1999/4636), en la que se dice que no cabe identificar *“el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo a efectos de ulterior sanción”*. -STS de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/3856), en la que se indica que *“las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y buena fe, que rigen específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio (RJ 1987/4859) y 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8787) o de 10 de julio de 1990 (RJ 1990/6330)”*; y -SSTS de 22 de julio de 1988 (RJ 1988/5704) y 11 de julio de 1988 (RJ 1988/5883), en las que se resalta que la incautación de la fianza opera como indemnización de daños y perjuicios.

3. El Plan General de Ordenación Urbana como causa de extinción de una concesión anterior.

-En la STS de 30 de octubre de 2002 (RJ 2002/9657), una entidad mercantil había obtenido la concesión para la construcción de un aparcamiento sub-

terráneo. Aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Valladolid el Proyecto de Ejecución y el Estudio Económico Financiero para tal construcción, el acuerdo fue impugnado por la Asociación en Defensa del Medio Ambiente, dado que el Plan General de Ordenación Urbana (posterior a la concesión) prohibía la construcción de aparcamientos subterráneos en los sitios que el propio Plan no lo preveya, como no lo hacía en el lugar designado en la concesión.

Interpuesto recurso por la entidad concesionario fue desestimado por el TSJ de Castilla y León. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo mantiene que *“ninguna disposición de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas impide o limita la efectividad de los Planes Urbanísticos. Los preceptos de esa legislación que se dicen infringidos no establecen en absoluto una inmunidad de las concesiones de obras y de servicios públicos frente a los Planes de urbanismo. Es cierto que los artículos 52 y 75 de la Ley de Contratos del Estado (...) no establecen como causa de extinción del contrato de obras o del contrato de servicios públicos la previsión en contra de un Plan posterior, pero ello no significa en absoluto que esa causa no encuentre apoyo en el ordenamiento jurídico: basta considerar cómo los artículos 57 y 58 del TRLS de 9 de abril de 1976 imponen la obligatoriedad de los Planes, para concluir que su efectividad no puede quedar condicionada por previsiones del pasado”*.

No obstante ello, el Tribunal señala que *“la privación de derechos que la ejecución de los Planes imponga, si no es de las que la legislación prevé como obligatorias y gratuitas (las cuales, además, han de distribuirse equitativamente entre los propietarios afectados) debe ser debidamente indemnizada”*.

B) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1.- Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Sentencia de 13 de enero de 2003.

*Concurso de méritos para la provisión de puestos de trabajo.
Méritos para el desempeño de puestos en comisión de servicios.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente recurso contencioso administrativo se ha interpuesto por el sindicato recurrente contra la Orden de 20 de enero de 2000 del Conseller de Justicia y Administraciones Públicas por la que se aprueban los baremos generales de aplicación a los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo.

Segundo.- El motivo de impugnación se refiere a los artículos 5.c 2, 6.c 2 y 7.c 2, que establecen como mérito, respectivamente para las jefaturas de servicio y equivalentes, restos de puesto con jefatura y otros puestos de nivel 24 o superior, y resto de puestos de trabajo, “la experiencia en el desempeño de puestos con funciones iguales o similares, o con niveles de responsabilidad iguales o superiores, y que se valorará según lo que se disponga en la respectiva convocatoria, hasta un máximo de 3 puntos, a razón de entre 0’10 y 0’20 puntos por mes completo de servicios”.

El sindicato recurrente fundamenta su impugnación en la no exclusión de los puestos desempeñados en comisión de servicios.

El artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece el trabajo desarrollado como uno de los méritos a valorar en los concursos para la provisión de puestos de trabajo, en tanto que el artículo 20.3 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana habla de experiencia.

La comisión de servicios no es ninguno de los sistemas previstos en las relaciones de puestos de trabajo para su provisión, que son el concurso y la libre designación, y en tal sentido, el artículo 20 del TRLFPV, si bien junto a éstos recoge como procedimiento de provisión de puestos de trabajo los de comisión de servicios, adscripción provisional y el nombramiento provisional por mejora de empleo, no altera la forma de provisión de los puestos de trabajo con carácter

definitivo y que son los que permiten afirmar que un funcionario es titular de un puesto, y no simplemente que lo desempeña.

Pero esos otros procedimientos de provisión del puesto sí hace que quien lo desempeñe lo haga con plenitud, y por ello su experiencia en cuanto al trabajo que desarrolla es la misma que si lo hiciese como titular de tal puesto, y precisamente de lo que se trata es de valorar el trabajo desarrollado, la experiencia.

Tercero.- La provisión de los puestos por el procedimiento de comisión de servicios no está regulada como el concurso o la libre designación, ni exige su convocatoria pública previa, aunque en alguna ocasión sí se haga, y desde luego no existe un procedimiento de selección que garantice el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Pero ello no significa que en todo caso el desempeño de un puesto en comisión de servicios sea ilegal, y consecuentemente, desempeñado el puesto la experiencia puede ser valorada.

A este Tribunal no se le oculta que las propias características de la provisión de los puestos por el procedimiento de comisión de servicios facilita la existencia de abusos, irregularidades e ilegalidades, pero lógicamente la norma que ahora se impugna parte de la situación regular y legal.

Es cierto que este Tribunal, en sentencia de 26 de junio de 2000, declaró nulo el párrafo contenido en el artículo 35.1 del Reglamento de Selección, Provisión de Puestos de Trabajo y Carrera Administrativa del personal comprendido en el ámbito de la Ley de Función Pública Valenciana, aprobado por Decreto 33/1999, de 9 de marzo, del Consell, en cuanto permitía la adquisición del grado personal cualquiera que sea el sistema en que se haya provisto el puesto desempeñado de entre los previstos en el artículo 20.1 del vigente texto refundido de la ley de función pública valenciana, incluyendo por tanto la comisión de servicios.

Pero en el presente caso se trata de la valoración del trabajo desempeñado como un mérito, que significa una pequeña parte del conjunto de méritos valorables, para la obtención de un puesto de trabajo por el sistema de concurso, y por tanto con plenas garantías de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, lo que no es en absoluto comparable a la consolidación del grado personal.

Cuarto.- Por todo ello procede desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto. No se aprecian motivos para hacer una expresa imposición de las costas procesales a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el sindicato recurrente contra la Orden de 20 de enero de 2000 del Conseller

de Justicia y Administraciones Públicas por la que se aprueban los baremos generales de aplicación a los concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo.

Segundo.- Confirmar la Orden recurrida.

Tercero.- No hacer pronunciamiento expreso en materia de costas.

Sentencia de 17 de marzo de dos mil cuatro.

Impugnación de Orden por la que se fija el ámbito territorial y separación patrimonial de una entidad local menor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que constituye el objeto del presente recurso, la impugnación que por la parte actora, el Ayuntamiento de Alcira, se realiza de la Orden de 17-5-02 del Conseller de Justicia y Administraciones Públicas, en cuanto en ella se procede a fijar el ámbito territorial y separación patrimonial de la creada Entidad Local Menor “La Barraca D’Aigües Vives”, por considerar la recurrente que la Generalidad Valenciana, sólo tiene competencia para aprobar o no la propuesta elevada por el Ayuntamiento, pero no introducir modificaciones, en este caso, el de su ámbito territorial, a lo que se opone la demandada por entender que, en caso de contradicción de posturas, como en el caso presente, entre Ayuntamiento y Entidad Local Menor, a esa indudable atribución competencia en relación a la creación de la Entidad, tal competencia debe comprender la delimitación de sus elementos esenciales, población y territorio, cuando, como dice, existe divergencias e intereses entre las partes.

Segundo.- Que a tenor del art. 31, ocho, del Estatuto de la Comunidad Valenciana, la Generalidad, tiene competencia en materia de Régimen Local, en armonía con lo que se dispone en el art. 149 de la CE añadiéndose en el art. 3.2.a) de la LBRL que constituyen y tienen la condición de Entidad Local, las Entidades Menores reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme el art. 45 de esta Ley, según el cual, las leyes de las C.A. sobre Régimen Local regularán las Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio, añadiéndose en el art. 43 del T.R. del 86, que, creada la Entidad, se establecerán sus límites territoriales y se hará la separación patrimonial, procediéndose por la Comunidad Autónoma a la aprobación, por su órgano competente, de los Acuerdos municipales en esta materia, señalándose en el art. 47, en relación con el 42, del RD 1690/86, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, que, para determinar el territorio, dentro de lo posible, se tendrá en cuenta, según su Norma Cuarta, que los Ayuntamientos, deberán asignar a la Entidad, el ámbito territorial que sea preciso para el cumplimiento de sus fines,

preceptos estos, de los que se desprende, una indeterminada competencia de la Comunidad Autónoma en esta materia, que en cada caso se concretará atendiendo a la razonabilidad a tener en cuenta en el supuesto contemplado.

Tercero.- Que por la Entidad Local Menor, se propuso, en la delimitación de su territorio, que este viniera a coincidir con el Valle de Aigües Vives, atendidos los antecedentes históricos, que se incorporan a los Autos, que según tal Entidad, justifican esa relación entre la población y tal territorio, propuesta esta que no es aceptada por el Ayuntamiento de Alcira, que realiza a su vez, su propia postura al efecto, propuesta esta municipal, en la que se excluye de la delimitación parte de la zona urbana de Aigües Vives, concretamente la situada en el Polígono 20, separándolo del 21, propuesta esta que se eleva a la Comunidad Valenciana.

Cuarto.- Que apareciendo de lo actuado, como la Generalidad, al tener que entrar a resolver sobre esta cuestión, aprecia como, el núcleo urbano de la Población, de esta Entidad entendido en un sentido amplio, atendidas sus características, del Valle de Aguas Vivas, según la solución propuesta por el Ayuntamiento de Alcira, quedaba dividido en dos, al excluirse de tal Delimitación Territorial la zona urbana del Polígono 20, que viene a formar un continuo urbano con la zona ubicada en el Polígono 21, provocando la división en dos de la población del Valle de Aguas Vivas, con las derivadas consecuencias negativas, del tal resultado, por lo que, a la vista de lo expuesto, la solución dada por la Comunidad Autónoma se presenta como razonable, al tener en cuenta todos los datos y hechos que repercuten en la nueva situación y las opiniones de una y otra parte, por lo que cabe concluir que la Orden recurrida se dictó de conformidad a la normativa aplicable considerando que la Comunidad Autónoma, al tener competencia para decidir sobre la aprobación de la creación de una Entidad Menor, tal competencia, en casos como el presente también se extiende para concretar la delimitación del territorio, atendidos los hechos concurrentes y las discrepancias de las partes, tenido en cuenta la razonabilidad de la solución adoptada, en una materia que no se encuentra normativamente, totalmente desarrollada, y en su virtud, en base a lo expuesto, procede desestimar el recurso.

Quinto.- Que a tenor del art. 139 de la LJCA no ha lugar a condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados por las partes concordantes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Alcira, contra la Orden de 17-5-02, de la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, de la Generalidad Valenciana, en relación a la creación y determinación del ámbito territorial de la Entidad Menor de la “Barraca d’Aigües Vives”, sin condena en costas.

Sentencia de 8 de abril de 2003

Procedimiento administrativo: Elaboración de disposiciones de carácter general: defectos formales: memoria económico-administrativa: ausencia: requisito exigido por norma de rango superior: nulidad procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Sindicato recurrente cuestiona en este proceso la adecuación a Derecho de la Orden de la Conselleria de Sanidad de fecha 6 de julio de 2001 (LCV 2001\270) por la que se establece el procedimiento de utilización y control de medicamentos estupefacientes en los centros hospitalarios de la Comunidad Valenciana (en lo sucesivo, «Orden impugnada»). A tal efecto, la parte actora articula su recurso sobre la base de una doble línea argumental, a saber: de un lado, la pretensión impugnatoria principal consiste en la solicitud a esta Sala de que anule la totalidad de este texto normativo al estimar que él vulnera disposiciones de rango superior (la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 [RCL 1992\ 2512, 2775 y RCL 1993, 246]) y, más precisamente, el artículo 28 bis) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana de 1991 (RCL 1991\ 3079 ccaa y LCV 1991\ 216) (modificado en 1995 [RCL 1996\ 945 y LCV 1995\ 409]), en la medida en que se habría prescindido de la preceptiva Memoria Económica o en su caso del Informe de la Conselleria de Economía y Hacienda al elaborar la Orden impugnada (documentos exigidos por la norma legal de referencia), con el pretexto de que su entrada en vigor no generaría aumento alguno de gasto, pretexto que a la sazón habría resultado desmentido por la licitación, tras la publicación y vigencia de la Orden, de un primer y sucesivos contratos administrativos para adquisición de sistemas automatizados de almacenamiento y distribución de material fungible y medicamentos que sí comportarían un considerable crecimiento del gasto presupuestario;

y, de otro lado, a título subsidiario, para el supuesto de no atenderse la anterior petición, se solicita la anulación de las letras b) y c) del artículo 3, así como de los artículos 5 y 6 de la Orden impugnada, en tanto en cuanto se infringirían asimismo normas superiores del ordenamiento jurídico (en especial, diversos preceptos de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre [RCL 1990\ 2643] del Medicamento en conexión con la Ley 6/1998 de 22 de junio [RCL 1998\ 1808 y LCV 1998\ 195] de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana, y con la Convención única de 1961 [RCL 1966\ 733 y RCL 1967, 798] sobre estupefacientes enmendada por el Protocolo de Nueva York de 8 de agosto de 1975 [RCL 1981\ 2643]) por excluir la obligación de intervención del farmacéutico en todo acto de dispensación, al crear un procedimiento de dispensación de medicamentos que es ajeno a la presencia y actuación profesional de los farmacéuticos de hospital.

Segundo. De contrario, el representante procesal de la Generalitat Valenciana se opone a la tesis de la parte actora con los siguientes contra-argumentos, que comparte la representación procesal de la parte codemandada «Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria».

En primer lugar, el motivo de carácter procedimental no podría prosperar, en tanto que la memoria económica o informe favorable de la Conselleria de Hacienda previsto en el artículo 28 bis) de la Ley de Hacienda Pública Valenciana (RCL 1991\ 3079 ccaa y LCV 1991\ 216) sólo sería necesario en caso de suponer la Orden impugnada (LCV 2001\ 270) un incremento de gasto, lo cual no ocurriría en el supuesto que nos ocupa, en donde únicamente se habría producido un cambio de procedimiento en el que se implanta una nueva documentación para la utilización y control de los medicamentos estupefacientes en los centros hospitalarios, cambio que no supondría un aumento de plantilla ni adquisición de sistemas automatizados de almacenamiento de medicamentos estupefacientes que no estén ya previstos en la Ley valenciana 6/1998 (RCL 1998\ 1808 y LCV 1998\ 195) ;

y, en segundo término, en lo que concierne al resto de alegaciones tendentes a conseguir la anulación de los artículos 3.b) y c), así como 5 y 6 de la Orden impugnada, no sería cierto que se prescindiera de la actuación del farmacéutico en las actuaciones de control y dispensación, puesto que en dichos preceptos se contemplaría explícitamente la supervisión y control del Servicio de Farmacia del Hospital bajo la forma de dispensación automatizada individualizada que funcionaría a modo de botiquín controlado por sistemas informatizados, debiendo finalmente distinguirse entre dispensación conforme a la prescripción facultativa y dispensación individualizada (disponibilidad del medicamento para suministrarlo durante las veinticuatro horas del día).

Tercero. A) En estas coordenadas, la Sala entiende que la tesis impugnatoria defendida por la parte actora merece ser acogida. En efecto, es un dato incontrovertido que, tras solicitar el 0 (sic) de Sanidad mediante escrito de 1 de diciembre de 2000 (documento núm. 56 del expediente) el preceptivo informe al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, el Presidente de éste interesó mediante escrito de 21 de diciembre de 2000 (documento núm. 57 del expediente) que se completara el expediente con la siguiente documentación: «Memoria Económica y en su caso, informe de la Conselleria de Economía y Hacienda, establecidos en el artículo 28 bis, del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana (RCL 1991\ 3079 ccaa y LCV 1991\ 216) , teniendo en cuenta además que del contenido del artículo 8.2 del Proyecto, podría desprenderse que la aplicación de la Orden puede comportar un incremento de gasto». A continuación, y en contestación al oficio del Presidente del Consejo Jurídico Consultivo, la Conselleria de Sanidad (a través del Director General para la prestación farmacéutica) afirmaba en escrito de 15 de enero de 2001 (documento núm. 58 del expediente) que «en relación con el primer documento que se solicita para completar el expediente, la Memoria Económica o en su caso informe de la Conselleria de Economía y Hacienda no se incluyen en el

expediente porque la entrada en vigor de la normativa que se somete a dictamen, no generaría aumento de gasto ni incremento de plantilla, al tratarse de un cambio de procedimiento en el que se implanta nueva documentación para la utilización y control de medicamentos». Como consecuencia, se emitió el ulterior dictamen favorable del Consejo Jurídico Consultivo de fecha 31 de enero de 2001 (documento núm. 20 del expediente), en donde se dictamina que el proyecto de Orden «es conforme con el ordenamiento jurídico».

A la vista del iter procedimental seguido en la elaboración de la Orden impugnada y teniendo en cuenta los datos que obran en autos, se confirma que los indicios hechos explícitos en el escrito de 21 de diciembre de 2000 del Presidente del Consejo Jurídico Consultivo en torno al posible incremento de gasto (sobre todo a la luz del artículo 8.2 del Proyecto de Orden) no carecían de consistencia y, en la misma línea, que la tesis de la parte actora en tal sentido tampoco era infundada. Efectivamente, el apartado 2 del artículo 8 del Proyecto de Orden (documento núm. 54 del expediente) establecía que «por la gerencia/dirección del hospital se dotará a las distintas unidades clínicas afectadas por la presente Orden de medios para su adecuado cumplimiento», texto que se reproduce de manera literal en la disposición adicional primera, apartado 2 del texto definitivo de la Orden (documento núm. 61 del expediente). Con tal base habilitante, y teniendo además presente que, según el Preámbulo de la Orden «la nueva estructura de la asistencia especializada con la puesta en funcionamiento de las unidades de hospitalización domiciliaria y los sistemas automatizados de dispensación individualizada, hacen necesario establecer unos procedimientos para el uso hospitalario de estos medicamentos», la Sala entiende que debe darse por buena la tesis de la parte demandante (hecho cuarto de la demanda) de que esa Orden sí implicaba una dotación de medios con el consiguiente gasto, como lo prueba la circunstancia de que, apenas medio mes más tarde de la vigencia de la Orden (el 9 de septiembre de 2001), en el DOGV núm. 4094 de 26 de septiembre de 2001 se licitó por la Conselleria de Sanidad un contrato administrativo mediante concurso núm. 849/2001 para la adquisición de un sistema automatizado de almacenamiento y distribución de material fungible y/o medicamentos por importe de 128.700,73 euros (equivalentes a 21.414.000 de pesetas) con destino al Hospital Universitario La Fe de Valencia (documento núm. 5 adjunto a la demanda).

De esta constatación se colige indefectiblemente que la entrada en vigor de la Orden impugnada ha implicado un aumento del gasto que comportaban necesariamente la memoria económica y el preceptivo y vinculante informe de la Conselleria de Economía y Hacienda. Al no haber procedido de tal modo, la Conselleria de Sanidad ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 28 bis) de la Ley de la Hacienda Pública Valenciana aprobada mediante Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991 (RCL 1991\ 3079 ccaa y LCV 1991\ 216) (y según modificación introducida por la Ley 8/1995 de 29 de diciembre [RCL 1996\ 945 y LCV 1995\ 409] sobre medidas fiscales, administrativas y de organización de la Generalitat Valenciana), cuyo tenor imperativo es el siguiente: «Todo anteproyecto de Ley, proyecto de disposición administrativa o proyecto de convenio, cuya aplicación pueda comportar un incremento de gasto, en el ejercicio de inicio de su eficacia

o en cualquier ejercicio posterior, deberá incluir, además de una Memoria Económica en la que se pongan de manifiesto las repercusiones presupuestarias derivadas de su ejecución, un Informe de la Conselleria de Economía y Hacienda, preceptivo y vinculante, respecto a la existencia de crédito adecuado para hacer frente a dicho incremento». Por añadidura, el desconocimiento por parte de la Administración demandada de ese mandato legal, de superior rango normativo a la Orden impugnada, conduce inexorablemente a la nulidad de pleno derecho de dicha Orden, de conformidad con el contenido del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (RCL 1992\ 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece dicha consecuencia con la siguiente redacción: «También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución (RCL 1978\ 2836), las Leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

En el hilo argumental expuesto por la Sala, no resulta impertinente traer a colación la jurisprudencia que, *mutatis mutandis*, da soporte a la conclusión alcanzada en los presentes autos. Así, en la STS (Sala Tercera) de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000\ 379) (y en otras posteriores como las SSTS de 7 de febrero de 2000, de 19 de mayo de 2000 [RJ 2000\ 4230] , o de 2 de abril de 2001 [RJ 2001\ 6009]) se ha mantenido la exigencia de memoria económico-financiera para justificar el establecimiento o modificación de los precios públicos, haciéndose eco de la doctrina emanada de la STC 233/1999 de 13 de diciembre (RTC 1999\ 233) , en cuyo F. 19 se afirma que, «desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica» la Administración (Local) tiene que acudir a criterios de indudable naturaleza técnica para determinar el importe de los precios públicos para la ocupación del dominio público. Ciertamente -prosigue el Tribunal Constitucional- «el contenido exacto de tales magnitudes depende de variables a menudo inciertas; pero no es dudoso que tales variables y, por tanto, tales magnitudes, no son el resultado de una decisión antojadiza, caprichosa, en definitiva, arbitraria, del ente Público. A mayor abundamiento, es evidente que constituye una garantía de la imparcialidad de la decisión de la Administración el control que, al efecto, establece el artículo 26.2 de la Ley de Tasas y Precios Públicos (RCL 1989\ 835) al señalar que «toda propuesta de fijación o modificación de precios públicos deberá ir acompañada de una Memoria Económica financiera que justificaren su caso, las utilidades derivadas de la realización de actividades y la prestación de los servicios o los valores de mercado que se hayan tomado como referencia». Así, sobre la base de esta jurisprudencia constitucional, la conclusión a la que se llega en la citada STS de 2 de abril de 2001 (RJ 2001\ 6009) es que la omisión de la Memoria Económico-Financiera es causa de nulidad de la Ordenanza. Y, con análoga orientación, en la también precitada STS de 19 de mayo de 2000 (RJ 2000\ 4230) se sostiene que «no es indiferente la existencia o no, con las debidas formalidades y contenido, de una verdadera Memoria Económica Financiera como estudio antecedente de la decisión normativa del establecimiento del precio público, que no puede soslayarse o cumplirse formulariamente» (F. 3º).

B) En este marco normativo, el artículo 47 de la Ley 5/1983 de 30 de diciembre (RCL 1984\ 404 y LCV 1983\ 2286) del Gobierno Valenciano se inscribe en la misma línea que el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992\ 2512, 2775 y RCL 1993, 246), cuando establece aquél (en el marco del Capítulo VI - «De la potestad reglamentaria del Gobierno»- del Título II) que «son nulos de pleno derecho» los preceptos de las disposiciones generales «que se opongan a lo establecido por la Constitución (RCL 1978\ 2836), el Estatuto de Autonomía (RCL 1982\ 1821 y LCV 1982\ 631) y a las Leyes» (apartado 1, que resulta coherente con los artículos 22 y 38 de la propia Ley valenciana) y «que infrinjan los de otras de jerarquía superior». A mayor abundamiento, el Consell es el órgano colegiado que ostenta la potestad ejecutiva y reglamentaria y «dirige la Administración de la Generalitat Valenciana» (artículo 17 de la Ley, así como artículo 17 del Estatuto de Autonomía); en este sentido, el artículo 65 de la Ley valenciana 5/1983 consagra como principios de la Administración Pública de la Comunidad Valenciana que ésta actúa «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, dentro de la mayor economía, de medios que permita la obtención de los fines que tiene encomendados» y, con esa filosofía, en el artículo 67 se establece que «la creación de todo órgano administrativo que suponga un incremento del gasto público irá precedido por un estudio económico del coste de su funcionamiento y del rendimiento o utilidad de sus servicios, así como la posibilidad de aprovechamiento de los medios de otras Administraciones, en evitación de un incremento injustificado del gasto público». Con carácter complementario, el artículo 75 establece como funciones de los Secretarios generales la realización de estudios y recopilación de documentación sobre materias propias de cada Conselleria, especialmente en orden a: «(...) 6. Proponer normas generales sobre adquisición de material y cuantas disposiciones afecten al funcionamiento de los servicios».

Así las cosas, en la elaboración de la Orden impugnada se ha seguido un trámite esencial como es la audiencia y participación de los agentes interesados, trámite que por ello mismo no es objeto de controversia; ello no obstante, ese requisito legal de la memoria económica e informe de la Conselleria de Economía y Hacienda no resulta menos trascendental desde el punto de vista del sistema jurídico-normativo de la Comunidad Valenciana por cuanto, como bien se expresa en el apartado II del Preámbulo de la Ley 1/1993 de 7 de julio (RCL 1993\ 2601 y LCV 1993\ 197) de creación del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, la potenciación de la participación de los sectores implicados no puede tampoco «desconocer las exigencias en cuanto a garantía de racionalidad en el uso de los recursos públicos disponibles y, por lo mismo, la indeclinable legitimidad democrática a la hora de no disociar la capacidad de decidir en última instancia en relación con los resultados de dichas decisiones, que, en definitiva, siguen correspondiente al Gobierno valenciano». Es, bajo dicho punto de vista, que se ejerce la función fiscalizadora de esta Sala que, como impone el artículo 106 CE (RCL 1978\ 2836) , controla «la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Sentado lo cual, es menester observar que el control de legalidad efectuado por esta Sala no se reconduce a un mero control de la técnica legislativa uti-

lizada por la Conselleria para elaborar la Orden bajo el estricto punto de vista de la redacción de la norma (drafting), sino que comporta una aproximación más amplia a la técnica normativa referente a la inserción de las normas en el conjunto del ordenamiento jurídico o, dicho en otras palabras por referencia precisa al caso de autos, un examen relativo a si la Orden impugnada respeta los parámetros de juridicidad de nuestro sistema constitucional (el principio de constitucionalidad y de legalidad establecido en el artículo 9.1 de nuestra norma suprema). Y, a este respecto, la ausencia de memoria económica e informe mencionados tiene que ver con la conocida como factibilidad de las normas, esto es, el estudio sobre el coste de su posible puesta en práctica, parámetro económico indisoluble de la legalidad de dichas normas y, por tal razón, configurada su ausencia como vicio de nulidad.

Adicionalmente, en conexión con la materia sobre la que versa la Orden impugnada (automatización del servicio de farmacia hospitalaria) debe subrayarse que la ausencia de memoria económica e informe carece de tanta menos justificación cuanto que los avances tecnológicos propician una más ágil previsión de costes y una mejor factibilidad. En la práctica, la era tecnológica en que nos hallamos inmersos ha facilitado en buena medida la función de dirección política gubernamental, tanto en lo que concierne a la intervención del Ejecutivo en el sistema normativo como para el desempeño de su competencia directiva de la Administración. En este escenario, en la actualidad, el auxilio que ofrece la informática al drafting legislativo se desenvuelve en múltiples direcciones, que van desde la redacción del texto normativo hasta la gestión del flujo de documentos que sirven de soporte a la elaboración de aquél, o desde la búsqueda de informaciones necesarias para tener conocimiento de la materia sobre la que se legisla hasta el análisis de la factibilidad de los proyectos normativos; todo lo cual se inscribe en una evolución del clásico «arte de legislar» a la «legimática» (la informática encaminada a la elaboración de normas), término novedoso que tiende a sustituir al de «informática legislativa» (en el más amplio sector de la informática jurídica). Todo lo cual, evidentemente, está al servicio de un ordenamiento jurídico más coherente en el que se han de respetar sus principios estructurales, entre ellos el de legalidad y el de jerarquía normativa que constituyen el eje de la discusión de este proceso Contencioso-Administrativo.

Al hilo de lo acabado de exponer, es obvio que el cualificado control operado por el Consejo Jurídico Consultivo se produce a priori y, por consiguiente, la factibilidad del proyecto de Orden que le fue sometido era sin lugar a dudas de difícil ponderación en cuanto a su trascendencia desde el punto de vista de la posterior inserción de esa Orden en el ordenamiento jurídico, resultando lógicamente más sencillo comprobar la factibilidad de la norma proyectada en la fase subsiguiente de aplicabilidad, a través de una fiscalización posterior -como la que opera esta Sala jurisdiccional por mandato constitucional y legal-. Ahora bien, esta incontestable circunstancia no puede ser óbice para que se evalúe en la fase de iniciativa el coste de la norma controvertida pues, en otro caso, la existencia o no de memoria económica dependería del exclusivo libre arbitrio del Gobierno a la hora de elaborar los anteproyectos de normas; o, lo que es lo

mismo, la fórmula ritual del Ejecutivo consistente en que la norma proyectada «no generará aumento de gasto» habría de ser aceptada automáticamente y en análogo modo ritual por el Consejo Jurídico Consultivo (cfr. segunda de las consideraciones del dictamen del alto órgano consultivo de fecha 31 de enero de 2001), todo lo cual se ve en ocasiones -como la presente- desprovisto de fundamento y carente de consistencia en la praxis. Así, por lo pronto, la Orden impugnada presenta un contenido análogo en sustancia a la Orden de 4 de marzo de 2000 SIC que ya fue objeto de análisis en esta sede jurisdiccional y que dio lugar a la sentencia de esta misma Sala y Sección de 17 de julio de 2000; de suerte que, como advertimos en aquel momento, cabe reiterar en esta ocasión de manera sintética que del estudio del contenido de la Orden se colige fácilmente que no nos hallamos ante una norma meramente organizativa, sino que tiene efectos ad extra, puesto que afecta a las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública. En segundo lugar, la Disposición adicional primera, apartado 2, como se apuntó, habla de «medios», lo cual comportaba cuanto menos un indicio de eventuales costes de su puesta en práctica. En suma, la memoria y el informe de factibilidad no sólo se revelaban técnicamente posibles, sino económicamente razonables y legalmente exigibles.

C) Como consecuencia de lo razonado, y tras el examen del material probatorio que obra en autos (en especial, la citada licitación por la Conselleria de Sanidad de un contrato administrativo mediante concurso núm. 849/2001 para la adquisición de un sistema automatizado de almacenamiento y distribución de material fungible y/o medicamentos), queda demostrado que la omisión de la memoria económica e informe entra de lleno en la causa de nulidad de la norma impugnada al desconocer uno de los requisitos exigidos necesaria e imperativamente por una norma de rango superior, concretamente la Ley Valenciana de Hacienda Pública (RCL 1991\3079 ccaa y LCV 1991\216) (artículo 28-bis); todo lo cual comporta el acogimiento de la petición de nulidad de dicha Orden hecha valer por la parte actora a título principal, para que se restablezca el respeto de los principios de legalidad y jerarquía normativa en el ordenamiento jurídico impuestos constitucionalmente (artículo 9, apartados 1 y 3 de la Carta Magna [RCL 1978\2836]).

Se satisface con ello cabalmente la pretensión de la parte actora articulada a través de la acción pública como impugnación directa de disposición general y conducente a hacer efectivo el respeto de la legalidad (punto 1º del suplico de la demanda), resultando ocioso por ende analizar la pretensión formulada a título subsidiario (punto 2º del suplico de la demanda), y sin que sea procedente en este proceso de depuración objetiva del ordenamiento entrar a examinar ni reconocer situación jurídica individualizada alguna (punto 3º del suplico de la demanda) ni, por tanto, entrar a examinar la actuación de la Administración demandada bajo el ángulo de un potencial error de hecho o de derecho, o desviación de poder, en el análisis económico [cfr. mutatis mutandis STS de 18 de enero de 2000 (RJ 2000\ 18), F. 7º sobre la posible errónea aplicación del artículo 24.1 a) de la Ley 50/1997 (RCL 1997\ 2817), relativo a la exigencia de acompañar «una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar»

la aplicación de un reglamento; así como sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo de fecha 28 de febrero de 2002, caso Atlantic Container Line AB y otros contra Comisión, asunto T-395/94 (TJCE 2002\ 249), apartados 266 y 348]. Desde esta perspectiva, se ha demostrado que la impugnación de la parte actora no era infundada, bastando para estimar el presente recurso contencioso-administrativo la constatación según la cual se ha omitido un trámite que vicia de nulidad la norma impugnada de tanta más relevancia cuanto que dicho trámite está encaminado al objetivo de garantizar la utilización eficaz de los recursos económicos de la Comunidad Valenciana y, por tanto, a satisfacer el principio constitucional de eficacia (artículo 103.1 de la Carta Magna), en su vertiente de eficiencia de la Administración Pública (en la programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados), así como el principio de responsabilidad por la gestión pública en conexión con el principio democrático de transparencia en la toma de decisiones.

Por añadidura, el control jurisdiccional efectuado por esta Sala no es incompatible con la amplia facultad de apreciación y de discrecionalidad de que goza el Consell (que ostenta la dirección política del Gobierno y la dirección de la Administración regional, pero todo ello con sometimiento al Derecho) y cuyo ejercicio implica valoraciones de tipo económico y social. Con tal premisa, sin que esta Sala entre a sustituir la apreciación de hecho, en particular en el orden económico, efectuada por la Administración demandada, sí compete verificar en esta sede jurisdiccional la observancia de las normas de procedimiento y de motivación comprobando la exactitud de los hechos tenidos en cuenta al adoptar la norma impugnada, operación de verificación que para esta Sala -según los datos aportados por la parte recurrente y que obran en autos- conlleva la declaración de que la Orden impugnada adolece de ilegalidad (cfr. sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2000 [TJCE 2000\ 226], dictada en el caso Confederación Española de Transporte de Mercancías contra Comisión, asunto T-55199, apartados 109 a 111). En este mismo orden de cosas, la situación objetiva que ha constituido el núcleo de la presente litis, y que hace inviable la articulación de situación jurídica individualiza postulada por la parte recurrente, implica que los efectos de la ausencia de memoria económica han de ser ponderados desde el punto de vista de la Administración demandada (que es quien ha de hacer frente al coste de la puesta en práctica de la reiterada Orden, como parte pagadora o gestora), prescindiendo en este proceso de los efectos para las empresas beneficiadas o perjudicadas (cfr. sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2000, dictada en el caso Union française de l'Express y otros contra Comisión, asunto T-613/97, apartado 66).

Cuarto.- En razón de cuanto antecede, no cabe sino concluir la incorrección e inadecuación a Derecho de la Orden impugnada (LCV 2001\ 270) según lo argumentado y, consecuentemente, la procedente estimación del presente recurso contencioso-administrativo, que comporta la anulación de dicha Orden; sin que la Sala aprecie motivos para hacer una especial condena en costas procesales a tenor del artículo 139.1 de la Ley 29/1998 (RCL 1998\ 1741) reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1º Estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 1479/2001 interpuesto por el sindicato recurrente contra la Orden de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana de fecha 6 de julio de 2001 (LCV 2001\ 270) por la que se establece el procedimiento de utilización y control de medicamentos estupeficientes en los centros hospitalarios.

2º Anular esta disposición general, al ser contraria a Derecho.

3º Publicar esta resolución en el término de diez días a contar desde su firmeza en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana (artículo 107.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción [RCL 1998\ 1741])

Sentencia de 4 de junio de 2003

Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: Funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos: carreteras: daños ocasionados a vehículo como consecuencia de la existencia de una mancha de aceite en la calzada: nexo causal: inexistencia: cumplimiento del deber de mantenimiento de las vías públicas: imposibilidad de vigilancia permanente: cumplimiento del deber exigible: falta de prueba en contrario: indemnización improcedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En el presente proceso la parte demandante D. L. interpone recurso contra Resolución de 28.8.2000 de la Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana desestimando reclamación de responsabilidad patrimonial derivados de accidente de circulación por importe 547.863 pesetas.

Segundo.- Para la resolución del caso examinado son hechos relevantes de los que debemos partir:

1.- Con fecha de 18 de noviembre de 1999, se presentó ante la Conselleria escrito de responsabilidad patrimonial en base a que sobre las 13'40 horas del día 28 de abril de 1999, conduciendo un turismo por la carretera CV-222 (Betxí-Burriana), sentido Betxí, al llegar a la altura de PK. 4.350 de la citada vía,

correspondiente a un tramo curvo a su izquierda, pasó sobre una mancha de sustancia deslizante, lo que hizo que perdieran adherencia las ruedas, perdiendo el control del vehículo, por lo que salió de la calzada por su margen derecho, cayendo sobre un huerto de naranjos reclamando daños por importe de 547.863 ptas.

2.- Tramitado el expediente de responsabilidad patrimonial, se emitió informe por el Servicio Territorial de Carreteras con fecha 17/1/00, en el que se expresa lo siguiente:

«El 28 de abril de 1999, día en que ocurrió el accidente arriba indicado, nuestro servicio de vigilancia, que recorre diariamente las carreteras a su cargo asignadas, cuando pasó por la CV-222 no halló anomalía alguna, por lo que no informó de la necesidad de actuar en ningún punto.

La mancha de aceite derramada en la carretera la debió provocar algún vehículo, bien derramándola por fuga o bien, cayéndose algún recipiente a la calzada y acto seguido pasando por allí los vehículos afectados, que debido a lluvia caída derraparon y tuvieron el mencionado accidente.

Este tipo de vertidos es prácticamente imposible controlarlos y solamente cuando se ven a tiempo por los vigilantes de obras públicas o por terceras personas que avisen a algún organismo para que los limpie, es cuando se pueden evitar accidentes causados por dichos vertidos».

3.- Por el instructor del expediente, se resolvió en relación a la prueba propuesta, en el sentido de su innecesariedad, pues por la Administración se considera acreditada «la titularidad del vehículo, la realidad del accidente y la causa del mismo».

D. Seguido el expediente por sus trámites, y específicamente remitido al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, por este alto órgano consultivo, en sesión de 20 de julio de 2000, emitió el dictamen núm. 262 de dicho año en el que se concluía:

«Que no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Generalidad Valenciana, debiendo ser desestimada la reclamación formulada».

4.- En dicho sentido desestimatorio se resolvió la presente reclamación, lo cual ha abierto la presente vía judicial.

Tercero.- Centrada así la cuestión litigiosa, ha de señalarse que la misma se encuentra regulada por el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992\ 2512, 2775 y RCL 1993, 246]), preceptos legales que explicitan el principio general de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en España en el artículo 106.2 de la Constitución (RCL 1978\ 2836) («Los particulares, en los

términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»); estas normas son aplicables a las Entidades Locales en mérito a la previsión normativa del artículo 54 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril [RCL 1985\ 799, 1372]), el cual remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa, al igual que el artículo 223 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales (Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre [RCL 1986\ 3812 y RCL 1987, 76]).

El régimen legal citado ha sido profusamente aplicado -y, consecuentemente, desarrollado e interpretado- por la Jurisprudencia (tanto aplicando el actual y citado artículo 139 de la Ley 30/1992, como su predecesor, el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (RCL 1957\ 1058, 1178)), formando un cuerpo de doctrina, dentro del que cabe afirmar que, para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:

a) El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciar- sin mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuesto en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

b) El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración Pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la Ley de 1957 (incluso desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 [RCL 1954\ 1848]), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión «sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» (artículos 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1992). Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anomalía o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de pro-

ducción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

c) El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.

e) El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales- y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 en favor de la solidaridad.

Cuarto.- En cuanto al hecho generante de la responsabilidad y el nexo causal caballo de batalla del presente proceso, debemos tomar como parámetro los criterios que han seguido otros Tribunales Superiores de Justicia, así el TSJ. del País Vasco en sentencias 1.6.2000 (PROV 2001\ 36352) , (PROV 2001\ 36369) , (PROV 2001\ 36376) y (PROV 2001\ 36378) , 11.11.200 (RJCA 2001\ 331) o el TSJ. de Asturias 12.2.2000, donde se afirma que el demandante debe acreditar que la mancha de aceite está relacionada con el cumplimiento del Servicio de Limpieza de las calles, de lo contrario, la demanda no puede prosperar al no haberse acreditado el nexo causal.

Efectivamente la Generalidad no niega que el mantenimiento de la carretera objeto de autos sea competencia suya, ahora bien, el servicio comprende la limpieza y mantenimiento ordinario de la Carretera, lo que no se puede pedir a una Administración es que las carreteras estén en perfecto orden en todos los momentos del día; por las mismas circulan miles de vehículos todos los días, ese significa que van desprendiendo restos de gasolina, aceite, agua etc. que la Administración con su vigilancia y mantenimiento periódico de las vías eliminan, lo que resulta inviable es que ponga un servicio de limpieza detrás de cada vehículo o que limpie las carreteras varias veces al día por si algún vehículo suelta aceite, agua etc., supondría el colapso de la circulación, por ello, para que una demanda de responsabilidad patrimonial pueda prosperar se deberá acreditar que el servicio de limpieza no ha actuado adecuadamente, no ha llevado a cabo la limpieza en los períodos señalados, es manifiestamente insuficiente o las manchas llevan mucho tiempo sin que los servicios de limpieza las hayan eliminado, no habiéndose acreditado ninguna de estas circunstancias no se puede dar por acreditado el nexo causal y procede desestimar el recurso. Seguir el criterio contrario sería tanto como convertir a las diversas Administraciones Públicas en «Aseguradoras universales de todo evento», lo que supondría tanto su quiebra (o la de los ciudadanos vía impuestos) y, además, la imposibilidad de circular porque en todo momento deberían estar limpiando las calles y carreteras.

Quinto.- De conformidad con el criterio mantenido por el art. 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956\ 1890), no es de apreciar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a efectos de imponer las costas procesales.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso planteado por D. L. contra Resolución de 28.8.2000 de la Conselleria de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana desestimando reclamación de responsabilidad patrimonial derivados de accidente de circulación por importe 547.863 pesetas, todo ello sin expresa condena en costas.

Sentencia número 1558/2003.

Nulidad de actuaciones: omisión del dictamen preceptivo del órgano consultivo competente.

Decreto 62/2002 de 25 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se regula la acreditación de los conocimientos lingüísticos para el acceso y la provisión de puestos en la función pública docente no universitaria en la Comunidad Valenciana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Sindicato recurrente basa la pretensión que deduce en el suplico del escrito de demanda en el hecho de que el texto del Decreto impugnado no es coincidente con el del Proyecto que fue remitido al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y que fue objeto del informe obrante a los folios 18 y siguientes del expediente administrativo, toda vez que en el primero de ellos se da una redacción distinta al artículo 2, del que se suprimen sus Apartados b), c) y d) y desaparecen dos Disposiciones Adicionales (la 1ª y 3ª) de las que contenía el Proyecto así como las dos Disposiciones Transitorias también previstas en el mismo, lo que, según entiende, determina, a tenor del artículo 62 e) LRJAPyPAC, su nulidad por implicar la omisión del dictamen preceptivo del citado órgano consultivo. A lo que añade que la referida discordancia es determinante de la nulidad del Decreto impugnado por infracción de lo establecido en el artículo 32 de la Ley 9/1987 de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya que únicamente fue objeto

de negociación y aprobación en la Mesa Sectorial de Educación el texto del Proyecto.

Segundo.- En las Sentencias de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo de 10 de mayo y 16 de junio de 1989 (ambas referidas a la intervención del Consejo de Estado pero perfectamente aplicables por cumplir idéntica función a la del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana) se pone de manifiesto que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 de la Constitución, casi siempre casuística o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado (en este caso del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana) no se queda, por tanto, en un mero formalismo sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar, en lo posible, la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta doctrina tiene continuidad en sentencias posteriores (Sentencias de 23 de junio de 1991, 20 de enero de 1992, 8 de julio de 1994 y 3 de junio de 1996, entre otras), aunque no deja de hacerse alguna referencia al principio de economía procesal (Sentencia de 25 de febrero de 1994), que tiene, sin duda, trascendencia en este ámbito, pero no para subsanar la omisión de trámites que no han tenido lugar en la vía administrativa, sino para evitar la innecesaria retroacción de los mismos cuando parece evidente su inutilidad. Por otra parte, la jurisprudencia ha venido reconociendo la necesidad de que en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 105.a) de la Constitución y 130.4 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, se conceda audiencia a las organizaciones o asociaciones interesadas reconocidas por la Ley (sentencias de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1988, 7 de julio de 1989, 25 de septiembre de 1989 y 12 de enero de 1990, y sentencias de esta Sala las de 7 de mayo de 1987, 1 de octubre de 1988, 19 de julio de 1989, 5 de febrero de 1990, 10 de mayo de 1990, 11 de marzo de 1991, 24 de septiembre de 1991, 17 de octubre de 1991 y 25 de septiembre de 1992, entre otras). Si bien, como ya se señaló en la de 1 de octubre de 1988 respecto de la concesión de una nueva audiencia, siendo preceptivo pero no vinculante el informe del organismo consultado, la no concesión de un segundo trámite de audiencia no puede decirse, con carácter general, que sea productora de indefensión, por corresponder al Gobierno la facultad decisoria en orden a la definitiva redacción de la disposición general, que oportunamente conoció el criterio mantenido por el organismo consultado. De todo lo expuesto se desprende, por lo que afecta al presente caso, la afirmación de la necesidad de efectuar la referida consulta preceptiva al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana y a dichas organizaciones representativas de intereses afectados por la norma que se trata de aprobar so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho la disposición reglamentaria, sin perjuicio de que la aplicación del principio de economía procesal, en el sentido expuesto, determine la existencia de ciertas excepciones singulares a la regla general formulada. Entre ellas, en el presente caso, se trata de precisar la exigibilidad del trámite, en

el supuesto de que informado un proyecto de norma reglamentaria por el Consejo Jurídico Consultivo y evacuado el trámite de audiencia, se introduzca alguna modificación o adición al mismo. Y, a este respecto ha de tenerse en cuenta que, conforme reiterada doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (Sentencias de 22 de febrero de 1988, 27 de noviembre de 1995, 14 de octubre de 1996, 28 de enero, 10 de noviembre de 1997, y, sobre todo, la de 17 de enero de 2000), cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo no son sustanciales resulta innecesaria tanto una nueva audiencia y examen por el Consejo de Estado como una nueva audiencia de las entidades representativas de intereses; de manera que, en tales casos, las discordancias entre el proyecto inicial, objeto de audiencia y dictamen, y el texto definitivo no son determinantes de la nulidad o anulabilidad de la norma aprobada.

Tercero.- En el presente caso la cuestión que acaba de enunciarse ha de ser resuelta en el sentido de entender que la nueva redacción del artículo 2 del Decreto, que no fue objeto del dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, y la supresión de las Disposiciones Adicionales 1ª y 3ª y de las dos Disposiciones Transitorias contenidas en el Proyecto, no han supuesto una alteración sustancial de éste, atendiendo a las dos perspectivas en que, como afirma la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000, cabe ser considerado; esto es, tanto desde un punto de vista relativo, por la innovación que supone con respecto al texto considerado por el Órgano consultivo y contemplado en la elaboración inicial del proyecto, como, desde un punto de vista absoluto, por su importancia intrínseca.

Cuarto.- El proyecto de Decreto que examina el Consejo Jurídico Consultivo y que fue objeto de negociación en la Mesa Sectorial de Educación pretendía regular la acreditación de los conocimientos lingüísticos “para el acceso y la provisión de puestos en la función pública docente” no universitaria en la Comunidad Valenciana y tenía carácter ejecutivo o de desarrollo de determinados aspectos de la Ley de Uso y Enseñanza del Valenciano y, particularmente, de su artículo 18. Su artículo 2 establecía lo siguiente:

“La acreditación del conocimiento adecuado a que se refiere el artículo anterior se exigirá en:

- a. Los procedimientos selectivos de ingreso y de acceso a cuerpos docentes que se convoquen la Comunidad Valenciana, incluidos los procedimientos de acceso a la condición de Catedrático.
- b. La adscripción a puesto de trabajo docente en régimen de comisión de servicios.
- c. El acceso, por concurso de traslados a un puesto de trabajo docente en centros públicos de la Comunidad Valenciana.
- d. Los nombramientos o contrataciones temporales como personal docente de carácter no permanente”.

Y en el texto definitivo quedó redactado de la siguiente forma:

“Los procedimientos selectivos de ingreso y de acceso a cuerpos docentes que se convoquen la Comunidad Valenciana, incluidos los procedimientos de acceso a la condición de Catedrático”.

Por su parte las Disposiciones Adicionales 1ª y 3ª se referían la obligación de la Conselleria de Cultura y Educación de catalogar todos los puestos de trabajo de los cuerpos no docentes universitarios con el requisito del conocimiento de los dos idiomas oficiales en la Comunidad Valenciana y a la posibilidad, en defecto de personal disponible con los conocimientos previstos en el Decreto, de proveerlos con carácter provisional con personal que no reuniera dichas condiciones. Y las Disposiciones Transitorias se concedía a los funcionarios de carrera que no reunieran dichas condiciones un plazo de cinco años para obtenerlas a partir del curso académico 2003/2004, cuyo plazo se ampliaba hasta diez años para los que impartiesen docencia en centros sin programa de educación bilingüe.

Quinto.- El examen comparativo de los citados preceptos y sus modificaciones pone de manifiesto que el contenido normativo respecto del que la parte actora echa en falta tanto nueva audiencia y examen por el Consejo Jurídico Consultivo como una nueva audiencia de las entidades representativas de intereses, no deja de ser en el caso del artículo 2 una modificación relativamente menor, ya que los supuestos previstos en el texto del Proyecto pueden entenderse comprendidos en el texto definitivo, y en el caso de las Disposiciones Adicionales 1ª y 3ª y de las Disposiciones Transitorias una previsión de situaciones transitorias que en el texto definitivo deben considerarse subsumidas en su Disposición Adicional Única y sus dos Disposiciones Finales. Y en términos absolutos, el alcance de la modificación tampoco parece que exigiera una reiteración de trámites, ya que la cuestión general con la que podía estar relacionada aquélla (el desarrollo reglamentario del artículo 18 de la Ley de Uso y Enseñanza del Valenciano) fue objeto de especial consideración en el informe del Consejo Jurídico Consultivo (Consideración I.A) y en la negociación producida en la Mesa Sectorial de Educación.

Sexto.- Por consiguiente, al menos, desde la perspectiva formal (que es la única en que la parte recurrente basa su pretensión de declaración de nulidad) debe entenderse que los trámites del preceptivo informe y de la consulta se han cumplido, sin que la modificación introducida de que se trata requiriera una reiteración de aquéllos, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1972, 15 de diciembre de 1988 y 10 de noviembre de 1997, entre otras.

Séptimo.- Por todo lo expuesto debe desestimarse el recurso, sin que, al no apreciarse mala fe o temeridad que, con arreglo al artículo 139.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, justifique otro pronunciamiento, proceda efectuar expresa imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y demás de general aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso contencioso—administrativo interpuesto por el sindicato recurrente contra el Decreto 62/2002 de 25 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se regula la acreditación de los conocimientos lingüísticos para el acceso y la provisión de puestos en la función pública docente no universitaria en la Comunidad Valenciana.

Sentencia de 7 de noviembre de 2003.

Impugnación directa de disposición general, Decreto del Gobierno Valenciano. Redacción defectuosa que induce a confusión: solicitud de supresión de una coma. Estimación del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Sindicato recurrente cuestiona en este proceso la adecuación a Derecho 72/2001 del Decreto del Gobierno Valenciano de fecha 2 de abril de 2001 por el que se regula la atención continuada en el ámbito de la atención primaria (en lo sucesivo, “Decreto impugnado”). A tal efecto, la parte actora articula su recurso sobre la base de lo siguientes argumentos:

-de un lado, bajo una perspectiva al tiempo formal y de fondo, impugna la redacción del primer párrafo del artículo 11 del Decreto impugnado (“*El día siguiente de haber realizado atención continuada, de forma obligatoria, será día de descanso remunerado*”), en el sentido de solicitar la supresión de la segunda coma pues, pese a la consulta realizada a la Real Academia de la Lengua sobre el particular, existiría la posibilidad de confusión en el sentido de interpretar dicha párrafo como que afecta únicamente a aquel personal sanitario de atención continuada de carácter obligatorio excluyendo a los de carácter voluntario, lo que podría producir indebidas e injustas situaciones consistentes en entender que en la guardia voluntaria no hay libranza

- y de otro lado, con un enfoque prevalentemente material, centra su tesis impugnatoria en la supuesta contrariedad a Derecho del artículo 9 del Decreto impugnado (*número de horas a realizar en atención continuada*) por contravenir la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, infracción que derivaría de haber transcurrido los períodos de adaptación y transposición de dicha norma europea al Derecho interno, y que enfoca desde un doble punto de vista (en apoyo de su tesis aporta un informe elaborado por el Profesor Desantes, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante): por una parte, la referencia en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto impugnado a la jornada de

48 horas infringiría el máximo de 40 horas de jornada laboral, debiendo considerarse el exceso a esta segunda cifra como horas extraordinarias, y consiguientemente teniendo que delimitarse según la Directiva la separación nítida entre horario ordinario-jornada ordinaria y todo lo demás; y, por otra parte, las 850 horas/año como ampliación de forma voluntaria de la atención continuada comportaría asimismo una vulneración de la Directiva de referencia en cuanto al límite de 48 horas semanales, puesto que si se barajase la hipótesis de que un facultativo trabajase las 52 semanas que tiene el año el límite máximo de 8 horas extraordinarias, podría hacer como mucho 416 horas, nunca 850 como permite el Decreto (es más —prosigue el representante procesal de la parte actora— nunca podría superarse el cómputo de 8 horas por 48 semanas, puesto que de las 52 anuales hay 4 de descanso vacacional, con lo cual el límite del exceso quedaría en 384 horas), debiendo entenderse que esos máximos fijados por la Directiva son indisponibles para el trabajador y no entrarían en las excepciones previstas por dicha Directiva al no haber sido ésta transpuesta al ordenamiento interno.

Segundo.- De contrario, el representante procesal de la Generalitat Valenciana se opone a la tesis de la parte actora con los siguientes contra-argumentos:

- en primer lugar, plantea como causa de inadmisibilidad (retomando así las alegaciones previas suscitadas con anterioridad a la formalización del escrito de contestación a la demanda) la falta de legitimación de la parte demandante con apoyo en los artículos 58 y 59 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, por cuanto habría votado a favor de la disposición impugnada expresando de forma indubitada su voluntad favorable a la aprobación de ella, según se desprendería de las diversas Actas de la Mesa Sectorial de Sanidad, por lo que en suma estaría yendo inválidamente la recurrente en contra de sus propios actos, de un acto consentido y de la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento;

- en segundo término, en lo que atañe a la impugnación basada en el artículo 11 del Decreto, la parte recurrida entiende que no es necesaria la modificación propuesta consistente en la supresión de la segunda coma del párrafo primero, en tanto que ese signo de puntuación no entorpecería la interpretación adecuada del Decreto conforme a la mencionada Directiva comunitaria, amén de que una aplicación práctica de esta disposición reglamentaria contraria a lo estipulado podría ser impugnada por la parte interesada;

- a continuación, la representación procesal de la Generalitat mantiene la adecuación a Derecho del límite de 48 horas de la jornada laboral incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, puesto que la redacción del segundo párrafo del artículo 9 del Decreto se adecuaría a la Directiva 93/104/CE, tal como habría sido interpretada por el Tribunal de Justicia comunitario en sentencia de 3 de octubre de 2000, de la que se habría hecho eco la Sentencia núm. 13/2000 de 2 de noviembre del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala Social) dictada en recurso núm. 12/1998 sobre conflicto colectivo planteado por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP), con-

firmada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 de octubre de 2001 dictada en recurso de casación en interés de ley 644/2001;

- en fin, la indisponibilidad de los tiempos límite de trabajo para el trabajador no sería tal, puesto que la propia Directiva (artículo 18.1.b) establecería la posibilidad de que aquél acepte superar ese límite libremente y sin coacción alguna, de modo que los máximos de 425 y 850 horas establecidas en el Decreto, a tenor del descanso del día siguiente y otras libranzas adicionales, ven garantizadas el respeto al descanso reparador impuesto por la Directiva; de lo contrario, si las cuarenta y ocho horas constituyeran un límite absoluto, el facultativo no sólo no podría superar el máximo de 48 horas en la Conselleria de Sanidad, sino que tampoco podría desarrollar ningún otro trabajo en otra empresa o por cuenta propia que sumado a aquél lo superara, lo que significaría la revisión del actual régimen de compatibilidades.

Tercero.- I. En estas coordenadas, la Sala entiende que debe pronunciarse, en aras al respeto de la congruencia que exige la efectividad de la tutela judicial, sobre la causa de inadmisibilidad hecha valer por la parte recurrida. Y dicha causa no puede prosperar: efectivamente, una cosa es la negociación que precede a la adopción de la norma y otra bien distinta es la aprobación definitiva de aquélla y los términos reales de su publicación en el DOGV bajo la responsabilidad del Gobierno autonómico. Y, en este sentido, ya de entrada, se suscitan cuestiones formales que pueden tener trascendencia sobre el fondo, en la medida en que los argumentos impugnatorios introducidos por la parte recurrente tienen que ver con la redacción definitiva del Decreto impugnado, redacción cuyo alcance es discutido precisamente en esta sede procesal. A este respecto, el voto a favor de la entidad recurrente no puede entenderse sin más que fuera incondicional puesto que, tal como figura ya en la página 4 del Acta de la sesión de 17 de noviembre de 2000 de la Mesa Sectorial (folio 7 del expediente administrativo — así como folio 24-), tras reflejarse que “el sindicato X vota a favor”, se añade inmediatamente que ello lo hace “solicitando un compromiso de la Administración para el desarrollo de la sentencia del TSJ (se refiere a la de la Sala de lo Social de la Comunidad Valenciana núm. 13/2000 de 2 de noviembre, citada expresamente en el Preámbulo del Decreto impugnado) en lo relativo a condiciones laborales”. Con análoga orientación, en la página 3 del Acta (folio 6 del expediente administrativo —coincidente con el folio 23-) consta que “interviene C.E.M.S.A.T.S.E respecto a esto último (se refiere al incremento retributivo por Atención Continuada aprobado para los facultativos) para aclarar que aceptó, en su momento, el incremento retributivo en las guardias ya que este concepto sólo afecta al personal facultativo de Atención Especializada. Sin embargo, en el caso de Atención Primaria, el concepto de Atención Continuada afecta a todas las categorías por lo que un incremento retributivo por este concepto debe afectar a todo el personal implicado”. Así las cosas, no cabe mantener la inadmisibilidad del recurso con apoyo en la doctrina de los actos propios como pretende la Administración demandada.

II. Con estas premisas, la Sala entiende que debe prosperar el primer motivo impugnatorio articulado por la parte demandante, a través del cual impug-

na la redacción del primer párrafo del artículo 11 del Decreto litigioso en el sentido de solicitar la supresión de la segunda coma. Efectivamente, en la primera frase del artículo 11 del Decreto impugnado (*“El día siguiente de haber realizado atención continuada, de forma obligatoria, será día de descanso remunerado”*) debe quedar anulada y, por tanto suprimida y sin efecto, la segunda coma (situada tras el sintagma “de forma obligatoria”), para evitar -como mantiene la parte actora-situaciones indebidas e injustas que excluyan el día de descanso remunerado a favor del personal sanitario de atención continuada de carácter voluntario, con desconocimiento asimismo del principio de igualdad retributiva por trabajo igual. En síntesis, la Sala considera que dicha coma debe quedar suprimida para asegurar el principio de no discriminación y la consiguiente equiparación entre el personal que preste la atención continuada de manera obligatoria y el que la preste de forma voluntaria. Ello se desprende de las negociaciones desarrolladas en el seno de la Mesa Sectorial, en donde no sólo no se establece esa diferenciación de trato, sino que se colige claramente como *telos* de la norma una apuesta por la igualdad en el trato retributivo (repárese en que está en juego el “descanso remunerado”), como queda reflejado en la ya mencionada página 3 del Acta (folio 6 del expediente administrativo -coincidente con el folio 23-) en donde consta la intervención de la entidad recurrente en relación con el incremento retributivo por Atención Continuada, figurando a renglón seguido en esa misma página del Acta que “la Administración acepta que se haga extensivo el incremento retributivo por este concepto a todas las categorías que realizan Atención Continuada... Con esta modificación, se eleva a definitivo el acuerdo por unanimidad de la Mesa Sectorial”. Por añadidura, la propia representación procesal de la Administración recurrida comparte esta interpretación favorable a la igualdad, si bien considera innecesario suprimir la coma controvertida.

Ahora bien, esta última postura -como se avanzaba-, no es susceptible de ser acogida puesto que, pese a la consulta que habría sido efectuada ante la Real Academia de la Lengua (de cuyo contenido y correspondiente respuesta no aparece reflejo alguno en el expediente administrativo), lo bien cierto es que: de un lado, desde el punto de vista lingüístico, por más que la relación sintáctica entre el sintagma controvertido que aparece en aposición (*“de forma obligatoria”*) quepa ser interpretada de manera laxa por referencia a los otros dos sintagmas (*“El día siguiente de haber realizado atención continuada”* y *“será día de descanso remunerado”*), lo bien cierto es que la comprensión lógica y más coherente bajo esa perspectiva lingüística es que el segundo sintagma, colocada entre pausas o entre comas (“de forma obligatoria”), determina la referencia semántica al primero, bien como añadido explicativo, bien especificativo, lo que conduce a entender de manera inaceptable que el descanso se extiende sólo a quien haya realizado atención continuada de forma obligatoria. Y, de otro lado, y sobre todo, bajo el ángulo estrictamente jurídico que es objeto de controversia en esta sede procesal, una interpretación lógica y guiada por el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), así como por los dictados del citado principio de igualdad, impone suprimir la segunda coma, para extender el descanso obligatorio tanto a quienes presten la atención continuada de manera obligatoria como voluntaria. Así las cosas, ese cambio de redacción for-

mal entronca de lleno con el fin esencial de una buena técnica legislativa, que no es otro que la seguridad jurídica, lo que unido al respeto del principio constitucional de igualdad, comporta que se opere con plenitud el control jurisdiccional de esta Sala (artículo 106 de la Carta Magna), debiendo en último término quedar redactada la frase controvertida del artículo 11 del Decreto impugnado del modo siguiente: *“El día siguiente de haber realizado atención continuada, de forma obligatoria será día de descanso remunerado”*.

Así de claros han de quedar los términos del debate procesal y la solución alcanzada por la Sala en este punto, en donde no resultaría suficiente ni aceptable un mero pronunciamiento interpretativo guiado por el principio de conservación de la norma. De donde se deriva que la coma (,) es un signo ortográfico nada desdeñable a la hora de indicar la división de las frases o miembros más cortos de la oración o del periodo. De hecho, si se echa un vistazo a la experiencia comparada, ya la Sentencia núm. 134 de 1969 de la Corte Constitucional italiana admitió la corrección léxica de los textos para adecuar la dicción a la sustancia. Con este espíritu, es evidente que la alteración o existencia de una preposición o de una coma (como ocurre en el caso de autos), puede alterar el sentido completo de una proposición normativa: y la experiencia (al margen de la que nos ocupa en esta *litis*) ilustra situaciones límite de este tipo, en las que un signo de puntuación puede adquirir una innegable relevancia normativa, como demuestra el ejemplo ya clásico del Protocolo de Berlín de 1945 elaborado para sustituir con una coma un punto y coma de la Carta del Tribunal Internacional Militar contemplado en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945.

III. Peor suerte deben correr los otros dos motivos impugnatorios, de carácter prevalentemente material, esgrimidos por la parte recurrente con relación al artículo 9 del Decreto impugnado (*número de horas a realizar en atención continuada*), motivos que no merecen ser acogidos:

A) En cuanto al primero, referente a que en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto impugnado la referencia a la jornada de 48 horas infringiría el máximo de 40 horas de jornada laboral debiendo considerarse el exceso a esta segunda cifra como horas extraordinarias, carece de consistencia. Es obvio que, tal como interpretó el Tribunal de Justicia comunitario en su sentencia de 3 de octubre de 2000 en el asunto SIMAP, *“el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104*. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria” (apartado 3º del fallo). Por consiguiente, la interpretación del Tribunal de Justicia, asumida como no puede ser de otro modo por esta Sala y por la mencionada sentencia núm. 13/2000 de 2 de noviembre la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (órgano que sometió, conforme al artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, la cuestión prejudi-

cial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo), así como por otros órganos jurisdiccionales españoles (al respecto, sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de septiembre de 2001 y de 6 de noviembre de 2001), consagra ese derecho a un tiempo de trabajo que no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las de atención continuada, por cada período siete días en un período de referencia máximo de doce meses. Y esto es justamente lo que recoge literalmente el párrafo segundo del artículo 9 del Decreto impugnado (*“En ningún caso la jornada de trabajo excederá de 48 horas, incluido el tiempo de trabajo dedicado a atención continuada, por cada período de siete días, en cómputo de 12 meses”*) por lo que la Sala entiende que no cabe acoger la pretensión de nulidad argüida por la parte actora respecto de dicho párrafo.

B) En lo que atañe al segundo motivo impugnatorio sustancial y último introducido en el escrito de demanda, la Sala entiende que tampoco debe anularse el primer párrafo del reiterado artículo 9 del Decreto recurrido (*“El número máximo de horas de atención continuada a realizar en Atención Primaria será de 425 horas/año, pudiendo ampliarse de forma voluntaria hasta 850 horas/año”*), siempre que efectivamente se interprete como que esas cifras máximas no pueden comportar en ningún caso la superación del límite de cuarenta y ocho horas semanales. En este supuesto, a diferencia de la supresión de la coma en el artículo 11 del Decreto impugnado, sí cabe hacer prevalecer el principio de conservación de la norma, con apoyo en la siguiente interpretación: por lo pronto, la propia redacción del artículo 9 da pie para tal operación exegética, en la medida en que desde una perspectiva sistemática y lógica es obvio que el segundo párrafo juega como límite a lo establecido en el primero o, lo que es lo mismo, las 425 horas/año o la ampliación hasta 850 horas/año establecidas en el primer párrafo no pueden en ningún caso superar el tiempo de trabajo máximo de 48 horas semanales fijado taxativamente en el segundo párrafo; como es sabido, la mera inversión de dos párrafos o apartados es susceptible de constituir una novedad jurídica significativa y, de hecho, si esa inversión se hubiera reflejado en el artículo 9 del Decreto de referencia, la interpretación aquí efectuada podría revestir un carácter más problemático. Pero, además y en segundo término, ese límite de cuarenta y ocho horas semanales establecido en el párrafo segundo del artículo 9 no únicamente juega como parámetro máximo de puesta en práctica del párrafo primero de dicha disposición sino que, adicionalmente, constituye un reflejo claro de que el Gobierno autonómico ha decidido *expressis verbis* no acogerse a las excepciones contempladas en la Directiva; sobre este particular, por tanto, no son atendibles los argumentos de la representación procesal de la Generalitat Valenciana basados en que esas horas/año fijadas en el párrafo primero del artículo 9 del Decreto sí podrían eventual superar las cuarenta y ocho horas semanales con apoyo en esas excepciones contempladas por la Directiva comunitaria, concretamente en el artículo 18.1.b).

Sobre este último punto, debe afirmarse claramente que el Gobierno autonómico valenciano no se ha acogido expresamente a esa posibilidad de exceptuar contemplada en el artículo 18.1.b) de la Directiva 93/104/CE; antes al

contrario, en el segundo párrafo del artículo 9 del Decreto -como se anticipó-rechaza explícitamente esa posibilidad al fijar ese límite de tiempo de trabajo en cuarenta y ocho horas semanales, incluidas las horas de atención continuada. Concretamente, el artículo 18.1.b) de la Directiva tiene el siguiente tenor:

«No obstante, siempre que respete los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, un Estado miembro podrá no aplicar el artículo 6, a condición de que adopte las medidas necesarias para garantizar que:

- ningún empresario solicite a un trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un periodo de siete días, calculado como promedio del periodo de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16, salvo que haya obtenido el consentimiento del trabajador para efectuar dicho trabajo;

- ningún trabajador pueda sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento para efectuar dicho trabajo;

- el empresario lleve registros actualizados de todos los trabajadores que efectúen un trabajo de este tipo;

- los registros mencionados se pongan a disposición de las autoridades competentes, que podrán prohibir o restringir por razones de seguridad y/o salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal;

- el empresario facilite a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores para efectuar un trabajo que exceda de cuarenta y ocho horas en el transcurso de un periodo de siete días> calculado como promedio del periodo de referencia que se menciona en el punto 2 del artículo 16».

Y bien, la interpretación efectuada por esta Sala respecto al alcance de las excepciones contempladas en la Directiva comunitaria ha venido avalada recientemente por el Tribunal de Justicia comunitario en sentencia de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02, Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger). En ella, el Tribunal de Luxemburgo, se ve llamado a «precisar igualmente las exigencias de la Directiva 93/104 por lo que respecta al tiempo de descanso y examinar en particular si y, en su caso, en qué medida disposiciones nacionales... pueden ampararse en las excepciones que prevé esta directiva» (apartado 76). En particular “el artículo 6 de dicha Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que, en función de las necesidades de protección, de seguridad y de la salud de los trabajadores, la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias, por cada periodo de 7 días” (apartado 78). Y continúa afirmando el Tribunal comunitario: «En primer lugar, es significativo que el artículo 2 de la Directiva 93/1 04 no figura entre las disposiciones frente a la que ésta permite expresamente establecer excepciones. Esta circunstancia viene a reforzar la apreciación, efectuada en los apartados 58 y 59 de la presente sentencia, según la cual las definiciones que figuran en dicho artículo 2 no pueden ser interpretadas libremente por los Estados miembros. En segundo lugar, el artículo 6 de la Directiva 93/104 sólo se menciona en el artícu-

lo 17, apartado 1, de ésta, y consta que esta última disposición se refiere a actividades que no tienen ninguna relación con las llevadas a cabo por un médico en los servicios de atención continuada que efectúa en régimen de presencia física en el hospital. *Ciertamente, el artículo 18, apartado 1, letra b) inciso i) de la Directiva 93/104 prevé que los Estados miembros podrán no aplicar dicho artículo 6, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y que cumplan una serie de requisitos acumulativos enumerados en la referida disposición. No obstante, como confirmó explícitamente el Gobierno alemán en la vista, está acreditado que la República Federal de Alemania no hizo uso de esta posibilidad de establecer una excepción»* (apartados 81 a 85).

Esta jurisprudencia resulta plenamente aplicable, *mutatis mutandis*, al caso que nos ocupa. Pues, efectivamente, el propio artículo 18 de la Directiva, en su apartado 2, establece que para adoptar las excepciones previstas en el apartado 1, los Estados miembros deben incluir una referencia a la Directiva y “establecerán las modalidades de la mencionada referencia”, mientras en el apartado 4 obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión “el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que ya hayan adoptado, o que vayan a adoptar, en el ámbito regulado por la presente Directiva”. Ahora bien, estas exigencias (cuya modalidad de aplicación viene asimismo confirmada en la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE) no consta que hayan sido cumplimentadas por el Estado español en materia de legislación básica, ni tampoco con relación a la normativa de la Comunidad Autónoma Valenciana. Por lo que, en definitiva, no puede admitirse que el juego de las excepciones del artículo 18.1.b) de la Directiva 93/104/CE juegue respecto del artículo 9 del Decreto impugnado.

C) Finalmente, en conexión con los dos últimos argumentos presentados por la parte actora y acabados de responder en el apartado III. A) y B) de este Fundamento de Derecho, la Sala se ve llamada a efectuar una serie de precisiones:

- Primeramente, abundando en las cuestiones de técnica legislativa que han sido suscitadas en los presentes autos, conviene llamar la atención sobre la falta de rigor en la redacción del párrafo primero del artículo 9 del Decreto impugnado cuando alude a “la jornada de trabajo” de 48 horas pues, una “jornada”, en puridad y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, se refiere a “tiempo de duración del trabajo *diario* de los obreros”. En esta línea, habría sido técnicamente más correcto utilizar la terminología de la propia Directiva comunitaria 93/104/CE, que se refiere en su artículo 6 a “duración máxima del *tiempo de trabajo semanal*”, en lugar de —incorrectamente— “jornada” de trabajo “semanal”.

- En segundo lugar, a la vista del *iter* procedimental seguido en la elaboración del Decreto impugnado (el cual se elaboró primero como Orden de Conselleria de Sanidad, según consta en folios 53 a 63 del expediente —informe del área Jurídica de la Subsecretaría para la Agencia Valenciana de la Salud relativo

al borrador de la Orden-) y teniendo en cuenta los datos que obran en autos, llama la atención que no se haya suscitado la eventual solicitud de dictamen del Consejo Jurídico Consultivo: efectivamente, aunque no se hubiera estimado dicho dictamen como preceptivo (artículo 10 de la Ley 10/1994 de 19 de diciembre, de creación del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana), tal vez no habría sido impertinente acudir a la consulta facultativa al Alto Cuerpo consultivo valenciano, al hallarse en juego la ejecución, cumplimiento o desarrollo de normativa comunitaria europea (cfr. *mutatis mutandis* la competencia del Consejo de Estado en estos supuestos, concretamente de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la comisión mixta del Congreso y del Senado para la Unión Europea), como por lo demás así se reconoce explícitamente en el Preámbulo del Decreto impugnado.

- Y, en tercer término, el argumento general de la parte actora con el que pretende reforzar sus motivos impugnatorios concretos, basado en el incumplimiento del Estado español por no transposición de la Directiva 93/104/CE, tras lo razonado por esta Sala, no resulta de recibo. Sobre ser cierto que el Estado español no ha adoptado legislación nacional que, con carácter básico y en función de la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas diseñada por nuestra Carta Magna, haya incorporado de forma completa el contenido de dicha Directiva (cuyo plazo de transposición ya ha expirado con creces, concretamente el 23 de noviembre de 1996, conforme a la disposición final establecida en el artículo 18.1.a) de la propia Directiva), a nadie escapa que la incorporación de Derecho de la Unión Europea constituye una operación bastante más compleja. De manera más precisa, ese argumento general no cabe residenciarlo en esta sede procesal sino, en su caso, a través del correspondiente recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de la Unión Europea con arreglo al artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea (a título de ejemplo, véase la sentencia del Tribunal de Justicia comunitario de 9 de marzo de 2000, sobre incumplimiento por Italia de la Directiva 93/104/CE por no adaptación al Derecho interno). Ahora bien, de acuerdo con los principios de fidelidad comunitaria y de autonomía institucional o procedimental, en el caso de autos la Sala entiende que el artículo 9 del Decreto impugnado —ejecución autonómica del Derecho comunitario europeo— no incumple la Directiva 93/104/CE: sobre este extremo, la STC 102/1995 de 31 de julio, confirma que “el principio cardinal” en la materia “consiste en que la adhesión de España a las Comunidad Europea no altera en principio la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así pues, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias (SSTC 252/1988, 64/1991, 236/1991 y 79/1992). Por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien naturalmente ostente la competencia según las reglas del Derecho interno puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (STC 141/1993)”. Con análoga orientación, a tenor del conocido caso Francovich y otros de 19 de noviembre de 1991 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, “el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el

marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad. En efecto, a falta de una normativa comunitaria, *corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes* y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario”.

Cuarto.- En razón de cuanto antecede, no cabe sino concluir la incorrección e inadecuación a Derecho de la Orden impugnada según lo argumentado *supra* en el apartado II del Fundamento de Derecho tercero, y, consecuentemente, la procedente estimación en parte del presente recurso contencioso-administrativo, que comporta la anulación parcial de dicha Orden; rechazándose el recurso en todo lo demás, conforme a lo razonado en el apartado III del citado Fundamento de Derecho tercero. Sin que la Sala aprecie motivos para hacer una especial condena en costas procesales a tenor del artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y de general aplicación

FALLAMOS

1) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo núm. 942/2001 interpuesto por Procurador de los Tribunales Don Rafael Alario Mont en nombre y representación de la Convergencia Estatal de Sindicatos Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios de la Comunidad Valenciana, asistida por el Letrado Don Guillermo Llago Navarro contra el Decreto 72/2001 del Gobierno Valenciano de fecha 2 de abril de 2001 por el que se regula la atención continuada en el ámbito de la atención primaria (publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana núm. 3.975 de 6 de abril de 2001); y, en consecuencia:

A) Anular parcialmente esta disposición general, al ser contraria a Derecho según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado II) de esta Sentencia, de forma que debe quedar suprimida y sin efecto la segunda coma del párrafo primero del artículo 11 del Decreto impugnado, que consiguientemente queda redactado del siguiente modo: *“El día siguiente de haber realizado atención continuada, deforma obligatoria será día de descanso remunerado”*.

B) Confirmar la adecuación a Derecho del artículo 9 del Decreto impugnado (*número de horas a realizar en atención continuada*), siempre que se interprete de conformidad con lo expresado en el Fundamento de Derecho Tercero, apartado III) de esta Sentencia.

Sentencia de 30 de enero de 2004

Resolución de contrato de concesión, con oposición del concesionario, sin previa audiencia al Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Nulidad de la resolución. Sociedad Anónima Municipal: sometimiento a la Ley de Contratos Públicos.

Comentario a la Sentencia
Por Enrique Fliquete Liso
Abogado

EXTRACTO

Recurso interpuesto contra el acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Marina de las Dunas, S.A. de fecha 8 de mayo de 2000, que determina la resolución de un contrato de concesión para la gestión y explotación del servicio de Taller-Hangar del Puerto Deportivo Marina de las Dunas de Guardamar del Segura. En el procedimiento de resolución, el concesionario formuló oposición, sin que el órgano resolutorio solicitase informe del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

Sometimiento de la Sociedad Municipal adjudicadora al Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues cumple el concepto subjetivo de “entidad adjudicadora” de las Directivas 93/37 y 93/36, de la C.E., y objetivamente por tratarse de un contrato de obras públicas, según la nueva redacción del artículo 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operado en virtud de Ley 13/2003, de 23 de mayo.

De conformidad con la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, el artículo 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y Sentencia de la Sala Tercera, Sección Quinta, del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 1996, es necesario el informe del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente, en los casos de “... interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por parte del contratista”.

La omisión del trámite de informe del Consejo Jurídico Consultivo determina la nulidad del proceso de resolución del contrato, y cuya consecuencia es la retroacción de actuaciones al momento en que se omitió el trámite esencial de Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LAS PRETENSIONES EN EL PROCEDIMIENTO

I.- El recurrente, concesionario del contrato de concesión para gestión y explotación del servicio de Taller-Hangar del Puerto Deportivo Marina las Dunas de Guardamar del Segura, interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra el Acuerdo de 8 de mayo de 2000 de la Sociedad Anónima Municipal adjudicadora y resolutoria, la cual está constituida en su totalidad por capital público. La sociedad municipal resolvió el contrato mediante expediente, en el cual el concesionario formuló su oposición, pero la sociedad pública omitió el trámite de informe del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

II.- Por la defensa del recurrente, en el escrito de Demanda, se interesó la nulidad del acuerdo objeto de recurso, con fundamento en la omisión total del procedimiento de resolución del contrato de concesión que establece el artículo 97.1 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por haberse omitido el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana articulando el motivo de recurso en los siguientes fundamentos :

A.- SOMETIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO A LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS :

1.- La sociedad municipal *MARINA DE LAS DUNAS, S.A.*, es una entidad pública empresarial tanto por su objeto, gestión directa de servicios públicos (artículo 89, Decreto de 17 de junio de 1.955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, artículo 85, 3º apartado c), Ley 7/1.985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, y artículo 103, Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local), como por estar constituida con capital público, íntegramente municipal.

2.- La condición de entidad pública determina su clasificación dentro de los Organismos Públicos del artículo 43, 1, b), de la Ley 6/1.997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en relación con su artículo 53 (*“Las entidades públicas empresariales son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”*) norma la cual resulta aplicable con carácter subsidiario a las Corporaciones Locales desde los principios de plenitud y carácter integrador del ordenamiento, y en todo caso por analogía *iusuris* en lo no dispuesto en la legislación sectorial, y de lo cual hay que establecer el régimen de Derecho aplicable a sus actos, que será el que el artículo 53, apartado 2º, establece : *“Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos que tengan específicamente regulados para las mismas en esta Ley ...”*

De entre todos los aspectos “*específicamente regulados para las mismas en esta Ley*”, interesa el establecido en el artículo 57, sobre “*Régimen de contratación de las entidades públicas empresariales*”, en el cual ordena que “*la contratación de las entidades públicas empresariales, -la sociedad MARINA DE LAS DUNAS, S.A.-, se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*”, de tal forma que el pleno sometimiento a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no al Derecho privado, es un mandato legal que implica el cumplimiento inexcusable de los procedimientos reglados para la contratación en dicha norma, y de entre ellos, el que se corresponde con el trámite de resolución del contrato de cesión, objeto del Acuerdo impugnado.

3.- La aplicación al supuesto presente de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, también resulta ordenada por el artículo 112 del Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen local “*los contratos de las entidades locales se rigen por la legislación del Estado, y en su caso por la de las Comunidades Autónomas en términos del artículo 149.1, 18ª, de la Constitución y por las Ordenanzas de cada Entidad*” que determina la aplicación directa de la legislación de Contratos del Estado a las Entidades Locales, así como por el artículo 116 del Decreto de 17 de junio de 1.955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales “*serán nulas las concesiones que se otorgaren sin ajustarse a las formalidades que se establecen en los artículos siguientes, y para lo no dispuesto en ellos, en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales*”.

De esta forma, el trámite de resolución del contrato de concesión es una materia básica regulada por el Estado y, en su caso, por las Comunidades Autónomas, y conduce, de forma expresa, la aplicación general y directa de la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas por ser la sociedad municipal Administración en gestión directa, sometida en su régimen de contratación, por mandato legal, a la legislación básica del Estado o de las Comunidades Autónomas.

B.- VULNERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO QUE SE ESTABLECE EN LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS :

1.- El procedimiento aplicable, por mandato de Ley debe regir en todos sus trámites, como “*garantía de la legalidad del acto y de los derechos de los administrados*”, y sin que pueda sustraerse del mismo en ninguna de sus fases, ni apartarse de los cauces procedimentales, so pena de nulidad formal de pleno derecho. A estos efectos, el procedimiento aplicable para la resolución del contrato de cesión de la gestión y explotación del Servicio de Taller Hangar del Puerto Deportivo Marina de las Dunas, en Guardamar del Segura, se somete, de plano, al Libro I, Título III, Capítulo VIII, Sección primera, de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto la causa de

resolución del contrato según el Acuerdo impugnado, es “*incumplimiento culpable de la contratista*”, por la demora en su cumplimiento.

2.- El procedimiento establecido por la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas para “*Resolución por demora*”, artículo 97, exige que “*...la resolución...deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva...*”. Así, el Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (órgano autonómico equivalente al Consejo de Estado en la Comunidad Valenciana), resulta trámite preceptivo, cuando el contratista formulase oposición a la resolución por demora en la ejecución del contrato. Y resultando acreditada la expresa oposición del contratista a la resolución del contrato en el Acuerdo que se impugna, el trámite de resolución de dicho contrato no puede obviar el previo Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, ordenado por la Ley 13/1.995, en su artículo 97.

3.- En estos términos se establece en el artículo 10, de la Ley 10/1.994, de 19 de diciembre, de Creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, por cuanto entre las materias que requieren el Dictamen preceptivo del citado Consejo, se encuentra la “*8. c) Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la Ley de Contratos del Estado*” y “*d) Interpretación, resolución y nulidad de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, en los supuestos en que así lo dispongan las normas aplicables*”.

4.- La omisión del trámite de Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana vulnera el procedimiento legalmente establecido en el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se elude un trámite legal en el procedimiento de resolución con el argumento de que los actos de contratación de la entidad pública empresarial *MARINA DE LAS DUNAS, S.A.*, se encuentran excluidos de la aplicación de las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fundando dicha exclusión en el contenido de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y argumentando que la sociedad *MARINA DE LAS DUNAS, S.A.* es una mercantil constituida por capital mayoritariamente público, concluyendo que ninguna sociedad mercantil de participación pública se somete a la Ley de Contratos de Administraciones Públicas salvo en lo contenido en dicha Disposición Adicional : los principios de publicidad y concurrencia.

5.- Es evidente que la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1.995 no está excluyendo a las sociedades mercantiles de la aplicación del régimen legal que la misma norma establece para procedimientos de contratación de sociedades mercantiles de capital público, por cuanto dicha exclusión, simple-

mente, no consta en la disposición adicional. Además resulta contraria tanto a los propios preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (artículo 2, ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1.995, y artículo 7.1, ámbito de aplicación objetiva), como a la Ley 6/1.997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a la Ley 7/1.985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local, al Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y al Decreto de 17 de junio de 1.955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Pero además, el literal tenor de la Disposición Adicional Sexta, lejos de establecer dicha exclusión, lo que hace es determinar los principios mínimos aplicables a las sociedades mercantiles sin perjuicio evidentemente, de la normativa reguladora a que se someta cada sociedad mercantil de capital público, que en el caso de *MARINA DE LAS DUNAS, S.A.*, es la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

C.- NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA RESOLUCIÓN POR LA OMISION DEL TRÁMITE DE DICTAMEN DEL CONSEJO JURIDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

1.- El acuerdo impugnado ha omitido el trámite preceptivo del Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, vulnerando así el procedimiento establecido en el artículo 97 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de Administraciones Públicas, aplicable a la contratación de las sociedades mercantiles de gestión de servicios públicos municipales, en el presente supuesto *MARINA DE LAS DUNAS, S.A.*, y ello en virtud del artículo 112 del Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, del artículo 116, Decreto de 17 de junio de 1.955, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, del artículo 57 de la Ley 6/1.997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y del artículo 10, de la Ley 10/1.994, de 19 de diciembre, de Creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

2.- La consecuencia de dicha omisión es la Nulidad de Pleno Derecho de la resolución por la omisión total y absoluta del procedimiento del artículo 62 1º de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Así, la omisión del trámite ordenado en el artículo 97 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, hace nulo de pleno derecho el Acuerdo impugnado, de conformidad con lo establecido en el artículo 62, apartado 1º, e), de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues se dictó *“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*, omisión que es total y absoluta respecto a un trámite preceptivo, ordenado expresamente por Ley y necesario como garantía del procedimiento y del sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, fiscalizado por órgano independiente.

3.- El Dictamen omitido es la garantía para los administrados “*más directamente afectados por la actuación administrativa, dotándole de una garantía procedimental...*” y resultando actuación preceptiva, ordenada por Ley, de un “*órgano independiente y objetivo que vela por el cumplimiento de la Constitución del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y del resto del ordenamiento jurídico como garantía para la propia Administración y para la ciudadanía*” desde los principios rectores de “*objetividad e independencia*” que presiden las funciones del Consejo Jurídico, como establece el Preámbulo de la Ley 10/1.994 de 19 de diciembre, de Creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

En similares términos se define la función consultiva del Consejo de Estado para “*garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las Leyes*”, que, en el ejercicio de su función consultiva, “*velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico...*”, conforme a los artículos 1, apartado 2º, y 2, apartado 1º, de la Ley Orgánica 3/1.980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. La necesidad de recabar el previo Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo resulta por ello, no una sólo exigencia procedimental sino garantía de cumplimiento del ordenamiento jurídico.

4.- La exigencia por norma legal del Dictamen previo resulta no sólo una fase del procedimiento de resolución del contrato de la Administración, sino una garantía que el legislador ha considerado necesaria para que el procedimiento de resolución quede sometido a legalidad mediante control de su adecuación al ordenamiento jurídico por parte de un órgano objetivo e independiente. En definitiva, la presunción de legalidad del acto resolutorio del contrato se debe someter al previo control preceptivo por órgano constitucional o estatutario, cuyo Dictamen, por exceder de los controles de autotutela administrativa, resulta no sólo un trámite en el procedimiento común sino que se convierte en una garantía adicional e insoslayable, expresamente ordenada por Ley, y en procedimiento *ad hoc*, como control específico de la legalidad del acto.

5.- La omisión del Dictamen preceptivo no es simple incumplimiento de un trámite, sino vulneración expresa de un mandato legal, que ha impedido que el Acuerdo impugnado haya sido sometido a previo control de adecuación al ordenamiento, contra la voluntad del legislador que dejó establecido, especial y específicamente, la fase de fiscalización del acto que ha sido omitida. Por lo expuesto el Acuerdo impugnado resulta nulo de pleno derecho, nulidad que se pone de manifiesto de forma “*ostensible, patente, evidente a todas luces*”, tanto por la total claridad de la exigencia de dicho Dictamen preceptivo a la luz del textual del artículo 97 de la Ley 13/1.995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la palmaria omisión del Dictamen, como por la cualificación de la omisión del Dictamen como causa de la nulidad de pleno derecho del Acuerdo, según el artículo 62, apartado 1º, e), de la Ley 30/1.992.

6.- En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones estableciendo las bases para advertir la nulidad de pleno derecho

de los actos “*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*”, y en particular, por la omisión del preceptivo dictamen del órgano consultivo :

“Los arts. 17.5 L. 25 Nov. 1944 y 5 Reglamento del Consejo de Estado disponen que dicho órgano sea oído mediante el correspondiente informe, en los casos de interpretación, resolución y rescisión de los contratos administrativos, siendo reiterada doctrina jurisprudencial que la omisión de este informe en los procedimientos administrativos es determinante de la nulidad de lo actuado” (Sentencia Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1980)

“Según el art. 22 LOCE el Consejo de Estado debe ser oído en la interpretación de los contratos administrativos y según el art. 18 LCE, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado ... por lo que la audiencia del Consejo de Estado ... es un requisito formal indispensable para que el acto administrativo pueda alcanzar su fin, determinando la falta de ese requisito indispensable la anulación de los actos administrativos que adolecen de la misma —art. 48 LPA—, sin que pueda ser subsanado el defecto (Cfr. TS SS 21 May. y 16 Sep. 1980 y 27 Nov. 1982).” (Sentencia Tribunal Supremo de 14 de julio de 1.997)

“La audiencia al Consejo de Estado, a efectos de la interpretación de los contratos administrativos (arts. 16.2 y 17.5 L 25 Nov. 1944 y art. 18 D 923/65 de 8 Abr.), es un requisito formal indispensable para que el acto administrativo pueda alcanzar su fin, determinando su falta la anulación de los actos que adolecen de la misma (art. 48 LPA), sin que pueda ser subsanado el defecto (art. 53 LPA).” (Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1.982)

III.- Por la Sociedad Anónima Municipal, en su escrito de contestación de Demanda, se interesó la desestimación del Recurso, con fundamento en los siguientes motivos :

A.- EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN PUES LA SOCIEDAD ANONIMA MUNICIPAL NO ES ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SINO ENTIDAD MERCANTIL : SUS CONTRATOS SON SIEMPRE PRIVADOS

1.- La sociedad *MARINA DE LAS DUNAS S.A.* es una mercantil de capital íntegramente municipal, que gestiona y explota una concesión de un puerto deportivo, otorgada por la Generalitat Valenciana. No tiene como objeto la prestación de un servicio de competencia municipal, puesto que los Puertos Deportivos no se encuentran entre los recogidos en el artículo 25.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, pues son competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana.

2.- La sociedad *MARINA DE LAS DUNAS S.A.* no puede calificarse como sociedad de las previstas en el artículo 85.3.c, de la Ley de Bases de Régimen Local y 103 del Texto Refundido de 8 de abril de 1986 como gestión directa de servicio público; es una sociedad mercantil que realiza una simple actividad económica, titular de derechos y obligaciones que dimanar de una concesión administrativa. Actúa conforme a las disposiciones legales mercantiles sin mas particularidad que la obligación de que en la escritura de constitución conste de modo específico que todo el capital deberá ser aportado íntegramente por la entidad local, cual es la forma de constituir el Consejo de Administración, y cual la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto, representando el capital social. La sociedad *MARINA DE LAS DUNAS S.A.* no constituye por tanto una Administración Pública a los efectos de aplicación de la Ley de Contratos de dichas Administraciones (artículo 1 Texto refundido). Tan sólo lo están las Administraciones Públicas, los organismos autónomos y algunas entidades de derecho público.

3.- La única disposición aplicable es la contenida en la Disposición Adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual ordena que las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las administraciones públicas ajustarán su actividad a los principios de publicidad y concurrencia. Basta por tanto la aplicación de estos principios, sin que exista procedimiento administrativo preceptivo sometido a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

4.- En conclusión, no nos encontramos con una Administración Pública, sino con una entidad mercantil, siendo sus contratos siempre privados, por lo que el orden jurisdiccional competente será siempre el civil, máxime si se tiene en cuenta que los actos objeto de recurso no han sido dictados en relación con la preparación y adjudicación del contrato, sino en relación a su resolución.

B.- INNECESARIEDAD DEL DICTAMEN DEL CONSEJO JURIDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Único.- La sociedad *MARINA DE LAS DUNAS SA* es una mercantil cuya única obligación, a efectos de la Ley de Contratos de las Administraciones, es el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia en los actos que dicte en relación con la preparación y adjudicación de los contratos, según así establece la Disposición Adicional Sexta de la Ley 13/1995, y por tanto no se somete a exigencia del previo Dictamen que se establece en su artículo 97.1.

IV.- Por la Sala, y vista la causa de inadmisibilidad por incompetencia de jurisdicción esgrimida por la Sociedad Anónima Municipal *MARINA DE LAS DUNAS SA* en su escrito de contestación de Demanda, se acordó Providencia, con suspensión de la votación y Fallo, para que la actora efectuase las alegaciones que estimase oportunas respecto a la citada causa de inadmisibilidad. Evacuado el trámite, la actora se opuso a su estimación, con fundamento en los siguientes motivos :

A.- LA SENTENCIA, DE 15 DE MAYO DE 2003, DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

1.- La Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de mayo de 2003, ha resuelto declarar que aunque el tenor del artículo 1 de la Ley 13/1995, reproduce de manera casi literal el texto de las disposiciones correspondientes de las Directivas Europeas 92/50, 93/36 y 93/37, contiene, no obstante, una diferencia sustancial, ya que excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a las entidades de Derecho privado. Dicha exclusión se confirma por la disposición adicional sexta de dicha Ley, de forma que, al quedar fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española en materia de contratos públicos, las entidades de Derecho privado también quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por ende, del régimen de recursos en materia de contratación pública.

2.- Esta exclusión infringe las disposiciones de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, relativas a su ámbito de aplicación, y las disposiciones de la Directiva 89/665 en la medida en que se impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta, y se vulnera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por cuanto reiteradamente se establece que el estatuto de Derecho privado de una entidad no puede constituir un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.

3.- La Sentencia en su fallo concluye que *“El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, al no haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular : ... Al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente las necesidades de interés general, y cuya actividad mayoritariamente financiada por administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público”*

4.- La citada Sentencia, en consecuencia, obliga a que las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y por ende, el régimen de recursos en materia de contratación pública se deba aplicar a las sociedades privadas de capital público. A la vista de la Sentencia del Tribunal

de Justicia, el artículo 1 del Texto Refundido de 16 de junio de 2000 así como la Disposición adicional sexta resultan contrarios a la normativa comunitaria que se contiene en las Directivas 92/50 93/36 y 93/37 relativas a su ámbito de aplicación, así como las disposiciones de la Directiva 89/665, en la medida en que impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta.

5.- En consecuencia la Directiva 89/665, al consagrar el derecho al régimen de recursos en materia de contratación pública a los contratos que se regulan en las Directivas Europeas 92/50, 93/36 y 93/37, sin exclusión por motivos subjetivos respecto a entidades de Derecho privado, viene a determinar que las garantías procesales de aplicación a estos contratos públicos son las que se establecen en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, con pleno sometimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La consecuencia directa de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la inaplicación de la exclusión establecida en el art. 1 del Texto Refundido de 16 de junio de 2000, así como en su Disposición adicional sexta, respecto a las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general cuya actividad mayoritariamente se financie por administraciones públicas o por entidades de derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los que más de la mitad sean nombrados por estas administraciones públicas.

B.- PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y OBLIGACIÓN DEL JUEZ NACIONAL DE INAPLICAR LAS DISPOSICIONES NACIONALES QUE SEAN CONTRARIAS AL DERECHO COMUNITARIO

1.- La primacía del Derecho Comunitario respecto al Derecho interno, ha sido proclamada de forma constante por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; la sentencia de 28 de junio de 2001 (asunto 118/00; *Gervais Larsy e INASTI*), establece que es al juez nacional a quien incumbe la inaplicación de las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario, por cuanto es un derecho y una obligación del órgano jurisdiccional nacional el control de la legalidad, tomando en consideración las Directivas comunitarias a las que no se ha adaptado el Derecho interno : *“El Tribunal de Justicia ha declarado que es incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial que redujera la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al juez competente para aplicar ese derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias (Sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89). El principio de primacía del Derecho Comunitario impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales sino a todos los órganos del Estado miembro la obligación de dar eficacia plena a la norma comunitaria ... Por tanto, en la medida que las normas procesales nacionales se oponían a la*

protección efectiva de los derechos que se derivaban del efecto directo del Derecho comunitario, se debería haber excluido su aplicación”

2.- En idéntico razonamiento, la sentencia de fecha 29 de abril de 1999 (asunto C-224/97, *Eric Ciola y Land Vorarlberg*), del Tribunal de Justicia, concluye con la siguiente argumentación : *“Dado que las disposiciones del Tratado CE son directamente aplicables en el ordenamiento jurídico de todos los Estados miembros, y puesto que el Derecho comunitario tiene primacía sobre el Derecho nacional, dichas disposiciones generan a favor de los interesados derechos que las autoridades nacionales deben respetar y salvaguardar y que, en consecuencia, toda disposición contraria del Derecho interno resulta, por ese motivo, inaplicable (sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión-Francia, 167/73). Más aún, no importa la naturaleza de la norma interna pues, en todo caso, debe inaplicarse si es contraria al derecho Comunitario”*.

3.- El Tribunal Constitucional determina que la jurisdicción ordinaria es titular del control jurisdiccional del Derecho comunitario por tratarse de una cuestión infraconstitucional, y por tanto excluida de los procesos constitucionales, no correspondiendo por ello al Tribunal Constitucional *“controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario”*.

4.- Por último, la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2000 (asunto 287/98, *Etat du Grand Duché de Luxembourg - Berthe Linster y otros*), del Tribunal de Justicia, reitera la titularidad de la jurisdicción ordinaria y la invocación ante Juzgados nacionales de las obligaciones que imponen las Directivas comunitarias : *“Por lo que se refiere al derecho de una órgano jurisdiccional nacional a tomar en consideración una Directiva a la que no se ha adaptado completamente el Derecho interno, a pesar de que el plazo previsto para ello haya expirado, con el fin de controlar si se han respetado determinadas formalidades impuestas por esta Directiva, debe recordarse que, según el artículo 189, párrafo tercero, del Tratado, “La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios”. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que sería incompatible con el efecto imperativo que esta disposición reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que ésta impone pueda ser invocada por los interesados. En particular, en los casos en que, a través de una Directiva, las autoridades comunitarias hayan obligado a los Estados miembros a adoptar un comportamiento determinado, el efecto útil de tal acto quedaría debilitado si se impidiera al justiciable invocarlo ante los Tribunales, y si los órganos jurisdiccionales nacionales no pudieran tomarlo en consideración, como elemento del Derecho comunitario, APRA verificar si, dentro de los límites de la facultad de que dispone en cuanto a la forma y los medios de ejecutar la directiva, el legislador nacional ha respetado los límites del margen de apreciación trazado por la Directiva”*

5.- En consecuencia, la exclusión subjetiva a las empresas privadas de capital público del artículo 1 y la Disposición adicional sexta del Texto Refundi-

do de 16 de junio de 2000, resulta inaplicable, por contraria a Derecho comunitario, y por ello el sometimiento de los procesos de contratación pública de las mismas regulado en las Directivas Europeas 92/50, 93/36 y 93/37, queda sometido al régimen establecido en el propio Texto Refundido de 16 de junio de 2000, y en particular, al sistema de recursos y a las garantías procesales aplicables a estos contratos públicos establecido en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas con sometimiento pleno a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6.- La premisa necesaria para la aplicación de la Ley de Contratos a empresas privadas de capital público será, de conformidad con las Directivas Europeas 92/50, 93/36 y 93/37, que la sociedad de Derecho privado realice actividades mayoritariamente financiadas por administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, dirección o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad hayan sido nombrados por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público.

C.- APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SEGÚN LO DISPUESTO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

1.- La Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referente a aplicación de procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su artículo 1, apartados 1 y 3, establece : *“1.- En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE... los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o normas nacionales de incorporación de dicha normativa. 3.- Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.”*

2.- Las Directivas 71/305 y 77/62 fueron derogadas, respectivamente, por las Directivas 93/37 y 93/36. Las referencias que hace el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, a las Directivas derogadas, deben entenderse hechas a las Directivas 93/37 y 93/36. Conforme al artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 (y cuyo tenor es esencialmente idéntico al del artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37), se entenderá por entidad adjudicadora al Estado, enti-

dades territoriales, organismos de Derecho público y asociaciones formadas por uno o varios de estos organismos de Derecho público o entes. Asimismo, las Directivas aclaran el concepto de organismo de derecho público y lo pasan a definir como aquel creado para satisfacer las necesidades de interés general, dotado de personalidad jurídica propia, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o bien cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o bien tenga un órgano de administración, de dirección o supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

3.- De esta forma, conforme establece la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de mayo de 2003, el artículo 1, apartado 3, de la Ley 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley (así como también el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - que no es sino una nueva versión refundida de la Ley 13/1995, y que se limita a reunir y ordenar las disposiciones anteriores, sin modificar su contenido, según el apartado 13 de la Sentencia-) excluye de antemano del ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, en la medida en que la normativa española no incorpora correctamente el concepto de “*entidad adjudicadora*” del artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva, tal como define el artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 (apartado 60 de la Sentencia).

4.- En consecuencia, la aplicación del concepto “*entidad adjudicadora*”, a efectos de la aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como los mecanismos de recurso y jurisdicción competente, se debe efectuar a la luz de los artículos 1, letra b), de la Directiva 92/50, y del artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, por cuanto, según la Sentencia de 15 de mayo de 2003 ya citada, los organismos que tienen estatuto de Derecho privado pueden también estar comprendidos dentro de este concepto.

5.- Y en el supuesto presente, la entidad adjudicadora es la Sociedad Municipal *MARINA LAS DUNAS, S.A.*, constituida con capital 100% público, y donde la junta de accionistas la constituye el Pleno del Ayuntamiento de Guardamar del Segura. Su consejo de administración es designado, en más de la mitad de sus componentes, por la Administración local. Es una entidad privada bajo la forma societaria de sociedad anónima, sin que dicha calificación suponga, por el contrario, que sus actividades tengan carácter mercantil o industrial, ni que excluya la satisfacción de necesidades de interés general; es un simple medio de dotar de personalidad jurídica a la entidad adjudicataria diferente de la de la Administración pública de la cual depende. El mero hecho del sometimiento a la fórmula mercantil, no implica que su actividad como “*entidad adjudicadora*” -a efectos de la concesión que es el objeto de la litis-, sea una actividad mercantil; al contrario, su actuación en la adjudicación y en los trámites de resolución de la con-

cesión ha sido efectuada en calidad de organismo de Derecho Público, sin trascender los intereses privados de sus socios.

6.- Los actos de la sociedad municipal *MARINA LAS DUNAS, S.A.*, como *entidad adjudicadora* de un contrato de concesión de obras, no se circunscriben al ámbito de las actividades mercantiles o industriales, sino a una actividad de administración de servicios públicos ordenada al interés general. Cumple, por todo ello, con el concepto subjetivo de “*entidad adjudicadora*” determinado en las Directivas 93/37 y 93/36, a efectos de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de sus mecanismos de recurso, y su pleno sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa.

D.- APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECURSOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SEGÚN LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 7, LEY DE CONTRATOS DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, OPERADO EN VIRTUD DE LA LEY 13/2003 DE 23 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

1.- A mayor abundamiento, el contrato objeto de recurso se encuentra dentro de los que regula en la Directiva 93/97/CEE como de *concesión de obras públicas* por cuanto implica tanto la realización de unas obras como la explotación del servicio asociado a la realización. Una concesión de obras públicas, es, según términos del Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea 2001/C 14/19 (publicado en el D.O.C.A. de 16 de enero de 2001) “*un contrato complejo por el cual una autoridad pública delega en una organización privada la tarea de crear una obra y financiarla, para luego mantenerla y explotarla durante un periodo largo de tiempo que permita la amortización de las inversiones*”.

2.- Según establece la nueva redacción del artículo 7 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de los contratos de concesión de obras públicas), los contratos de obras públicas deberán regirse, con carácter preferente, por las normas contenidas en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De forma supletoria, por las restantes normas de Derecho administrativo, y en su defecto, por normas de Derecho privado :

“Artículo 7.- Régimen jurídico de los Contratos Administrativos

1.- Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado ...

2.- El contrato de concesión de obras públicas se registrará, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el título V del libro II de esta ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título ...

3.- El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos”

3.- En definitiva, el objeto del contrato es el otorgamiento de la concesión de dominio público, sometida al régimen establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por su objeto, es el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el competente para la resolución de las controversias que pudiesen surgir en el mismo. Subjetivamente, no puede operar la exclusión del artículo 1 y de la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos, por cuanto cumplen los requisitos establecidos en las Directivas 93/37 y 93/36, para considerar “*entidad adjudicadora*” a la mercantil municipal *MARINA LAS DUNAS, S.A.*, y, por tanto, sometida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

SENTENCIA

FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO.- “Antes de entrar a examinar el fondo del Recurso ... hemos de resolver la causa de inadmisibilidad esgrimida por incompetencia de jurisdicción en base a lo que dispone la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, concretamente el artículo 1 del Texto Refundido de 16 de julio de 2000, al ser una sociedad mercantil, no calificada como sociedad prevista en el art. 85.3, c, de la Ley de Bases de Régimen Local y del art. 103 del Texto refundido de 8 de abril de 1986.

Esta Sala y Sección debe desestimar la referida incompetencia de jurisdicción al constar que **la sociedad adjudicadora del contrato, y también resolutoria del mismo, esta constituida con capital 100% público, por estar constituida la Junta de accionistas por el pleno del Ayuntamiento de Guardamar del Segura, y por estar designado mas de la mitad de los miembros de su Consejo de Administración por el Ayuntamiento; En aplicación de las Directivas 93/37 y 93/36 de la C.E. dicha sociedad cumple con el concepto subjetivo de “entidad adjudicadora” determinado en tales directivas a los efectos de aplicación del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A mayor abundamiento, según la nueva redacción del artículo 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas operado en virtud de Ley 13/2003, de 23 de mayo, todos los contratos de obras públicas deberán registrarse de modo preferente por las normas contenidas en el R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.** En resumen, tanto objetiva como subjetivamente, la resolución objeto de recurso está sometida a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ya desestimada la causa de inadmisibilidad, hemos de examinar el fondo del recurso, y frente a la resolución recurrida alega el demandante, en primer lugar, que iniciado el expediente de resolución por incumplimiento del contratista, al que se opuso el mismo, se dictó la resolución del contrato sin el dictamen del Consejo de Estado.

La Ley Orgánica 3/1980, 22 de abril, del Consejo de Estado establece que la comisión permanente deberá ser consultada “Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista, y en todo caso, en los supuestos previsto en la legislación de contratos del Estado...”. Por su parte, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, establece la necesidad de Dictamen del Consejo de Estado en los casos de resolución. En consecuencia, podemos afirmar que el Dictamen del Consejo de Estado es necesario para la resolución de los contratos. Y cualquier duda interpretativa la ha resuelto la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en su art. 60, siguiendo los mismos criterios valorativos, exige el informe del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente en caso de “interpretación, nulidad y resolución cuando se formule oposición por parte del contratista”. ... La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, sección quinta) de 29 de abril de 1996, sienta la doctrina que acabamos de exponer sobre la necesidad de dictamen del Consejo de Estado en la resolución de los contratos con oposición del contratista ...

... Sentada esta premisa **procede decretar la nulidad de la resolución que se impugna en el proceso**, estimación que tiene como consecuencia la retroacción de las actuaciones al momento en que se omitió el trámite esencial de Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana”

2.- Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Sentencia de 21 de enero de 2004

Responsabilidad patrimonial.

Funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria: secuelas derivadas de intervención quirúrgica.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Don J.J., en nombre y representación de Don R.G., dirige la presente vía jurisdiccional contra resolución de fecha 17 de enero de 2001 dictada por el Conselleiro de Sanidade e Servizos Sociais desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 1 de diciembre de 1993 por funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria consistente en las secuelas padecidas por intervención quirúrgica para reconstrucción orbitaria en el Hospital X (...)

Tercero.- Las alegaciones vertidas en el escrito rector de la presente litis y a los efectos de hacer evidente la concurrencia de los elementos que legalmente configuran el instituto resarcitorio reclamado insisten en que la situación actual del recurrente, imposibilitado para usar una prótesis ocular como venía haciendo y obligado a llevar un parche, deviene de modo exclusivo de una mala *praxis* médica, que como primera providencia se materializa en el incumplimiento del deber de información sobre las complicaciones, índice de fracasos y consecuencias dañosas para su estado físico, psíquico y estético, resultado de la intervención planificada para el día 19 de mayo de 1998, máxime teniendo en cuenta que la finalidad de someterse a la misma era la mejora de su aspecto físico dado que la prótesis que usaba le quedaba demasiado holgada.

A la anterior denuncia añade la de un comportamiento negligente en la atención y cuidado del proceso -infeccioso del tejido dermograso implantado que aparece en el postoperatorio, lo que fue determinante para la posterior y definitiva intervención realizada por el Dr. F.H. el día 5 de octubre de 1998.

Por su parte la Administración demandada se opone a la pretensión actora, indicando que fue informado del tipo de intervención a que iba a ser sometido y de su posible desenlace, lo que resulta del informe elaborado por la Dra. P., folios 110 a 113, que practicó la intervención, perseverando en la adecuada indicación de la técnica de injerto dermograso realizado con éxito en otras ocasiones hasta el extremo de pretender reintentarlo en septiembre de ese mismo año. Finalmente afirma que los signos de infección fueron correctamente tratados hasta el extremo de que en las sucesivas revisiones prácticamente habían cedido, impu-

tando a la intervención realizada por el Dr. F.H., en tanto que radical y extrema, los daños que el reclamante sufre en la actualidad.

Cuarto.- Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de Expropiación Forzosa, en el artículo 121, y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, en los artículos. 40 y 41, la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los artículos 9 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (artículo 1 de la Constitución) y se desarrolla en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (Título X) y en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencia] o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado

Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así, en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999) que la responsabilidad patrimonial de la Administración contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado,

por lo cual no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. A su vez, como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1990, es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal. Así se deduce del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, pues sólo excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en los casos de fuerza mayor. Por lo tanto, quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre el nexo causal, aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose con carácter general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial, de las Administraciones Públicas no queda excluido que la expresada relación causal (especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos) pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras). Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irán en éste caso en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (sentencia de 5 de junio de 1997), pues el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o “*conditio sine qua non*”, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (sentencia de 5 de diciembre de 1995)”.

La objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal asistencial no ha de ser enjuiciada aquí bajo el prisma psicológico o normativo de la culpabilidad sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado (STS 14 de junio de 1991, confirmando sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985).

Es cierto que al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados (sentencias TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999) en ocasiones la jurisprudencia (sentencia Sala Tercera del TS de 10 de febrero de 1998) ha hecho depender de la vulneración o no de la *“lex artis ad hoc”* el nacimiento de la obligación de indemnizar, pero ni ello es la tendencia general, ni cabría excluir la responsabilidad en caso de que no se demostrase la concurrencia de fuerza mayor o conducta dolosa o negligente de la víctima.

Quinto.- Sin perjuicio de la regulación actual del consentimiento informado que en la Comunidad Autónoma de Galicia se contiene en la reciente Ley 3/2001, de 28 de mayo, ya la Ley 14/1986 de 25 de abril General de Sanidad y como derecho del que resulta titular cualquier usuario de los servicios del sistema público sanitario el apartado 5 de su artículo 10 lo describe indicando,

“A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.”

La definición legal que contiene la normativa autonómica, aunque no vigente al tiempo de los hechos, es válida para fijar de modo preciso extremos tan importantes como su ámbito, quien tiene que dar esa información, a quién, su extensión, excepciones y límites, como particulares más destacados.

Pues bien, se entiende como consentimiento informado, la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes notorios o considerables; así configurado, tiene una naturaleza jurídica dual de derecho deber; el primero para el paciente, el segundo para el médico que queda obligado a obtenerlo.

En resumen, el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser informado. Tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo.

A su consideración como elemento esencial integrante de la *lex artis ad hoc* o módulo para la valoración del funcionamiento normal o anormal del servi-

cio, se refieren, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre y 16 de diciembre de 1997.

Así también la sentencia de 25 de abril de 1994 señala como uno de los deberes inexcusables del médico el de *“informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado”*.

En el tema de la información al paciente, o familia, es preciso, por parte del sanitario, ser claro y objetivo y aquellas advertencias adecuadas al procedimiento que se va a utilizar. Se hace preciso insistir en que la información habrá de ser comprensible, razonable y suficiente, matizaciones coherentes con la naturaleza de la obligación que el facultativo asume respecto del paciente y que la jurisprudencia es reiterativa cuando la define como de medios y no de resultados.

La aplicación al supuesto de hecho objeto de la presente litis de las nociones expuestas deviene en una cuestión de prueba, determinando del contenido del expediente administrativo si existió la información con las notas indicadas y si como consecuencia de la misma el recurrente manifestó su consentimiento, siendo así que la carga de la prueba recae sobre el servicio sanitario, no sólo por su mayor cercanía a las fuentes probatorias que pueden dejar cumplida constancia de los términos en que se ha producido aquel, sino porque de lo contrario se desplazaría sobre el paciente el gravamen de una probanza diabólica o de signo negativo.

Con carácter previo a esta indagación conviene introducir una importante matización. Como quedó expresado en el Fundamento anterior, es reiterada la jurisprudencia que califica la prestación sanitaria como una obligación de medios y no de resultados, es decir, el facultativo se obliga a practicar los protocolos al uso de conformidad con la *lex artis ad hoc* teniendo en cuenta el estado de la técnica y de la ciencia existente al tiempo de su actuación, lo que significa que el beneficiario asume los riesgos que se derivan de esas prácticas, sin que pueda ser calificado de incumplimiento el resultado adverso si no interfiere en su obtención elemento culpabilístico, psicológico o normativo imputable al profesional médico. Con ser esta la modulación fundamental que el instituto resarcitorio experimenta cuando de la Administración Sanitaria se trata, esta regla general aún admite matizaciones derivadas de lo que se ha dado en llamar en la terminología empleada por la doctrina como cirugía voluntaria o restitutiva para diferenciarla de la cirugía curativa. Aquella se caracteriza por su cercanía, que no identidad ni semejanza, a la cirugía estética por la que el paciente persigue una mejora de su aspecto físico, lo que sin duda es aplicable al actual supuesto pues el recurrente no

acude a los servicios sanitarios por padecer una dolencia patológica en el significado estricto de la expresión, que concitaría tan sólo una obligación de medios en el proceder médico exigible, sino con el fin confesado de reparar su fisonomía. La particularidad que introduce esta modalidad es, de un lado, la mayor exigencia del consentimiento informado tanto sobre los riesgos de la intervención como de las posibilidades de alcanzar el resultado esperado y de otro, la asunción de la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento, aún más si sabe, por los profesionales médicos toda vez que el resultado adquiere una especial significación.

Pues bien, de entre la documentación que conforma el expediente administrativo no se obtiene formulario, modelo o cualquier otra forma de expresión que contenga información previa en la extensión explicada, ni la existencia de consentimiento escrito firmado por el recurrente previamente a la intervención.

Pero es más, sin desconocer que la normativa precisa la evidencia escrita, rebajando el nivel de exigencia a unos mínimos ineludibles que nos acercarán a una concepción antiformalista, tampoco hay constancia de haber verificado una explicación exhaustiva y razonada cuando de antemano concurrían indicios para alertar sobre la complejidad de la intervención que se acometía resultantes de los antecedentes médicos de tumoración previa en la zona, tratamiento con radioterapia y necrosis de parte de la zona afectada.

No enerva la conclusión anterior las manifestaciones en sentido contrario que la Dra. C.P.S. incorpora al informe obrante a los folios 110 a 113 del expediente administrativo, no sólo por el valor relativo con el que son de considerar si recordamos que fue ella quien practicó la intervención el día 19 de mayo de 1998, sino porque no resultan corroboradas del contenido restante del expediente y ello sin perjuicio de la discordancia que resulta de la testifical de la esposa del actor, pues es de justicia otorgarle la misma relatividad condicionante de su valor.

Como corolario de lo razonado hasta el momento, parece de lógica cuestionar que guiado el actor por el ánimo de retocar su apariencia física, hubiere accedido a someterse a una intervención en la que existía un considerable porcentaje de fracaso y por tanto de quedar en peor estado del que tenía cuando acudió a la actuación médica.

A mayores la hoja de consentimiento informado que aparece en autos no se refiere a la primera de las intervenciones sino a la que pretendía repetir la Dra. P. y que motivó la inclusión del actor en lista de espera.

Lo anterior bastaría para generar responsabilidad de la Administración Sanitaria por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Con todo el afán de exhaustividad conlleva la indagación respecto del nexo de causalidad entre los daños y la actuación u omisión imputable a aquélla, supuesta la realidad de éstos.

La prueba pericial practicada en sede de expediente administrativo por el Dr. F.V., si bien considera que el injerto dermograso es una teórica buena indicación terapéutica cuya cualificación técnica manifiesta no poder realizar, si considera que la infección del tejido dermograso implantado fue una complicación posterior que causó una importante desestructuración de los tejidos orbitarios que obligó a su definitiva excisión.

Es precisamente la entidad del proceso infeccioso la que determina la atención que debió prestarse por los especialistas que realizaron la intervención, resultando que el cultivo de las muestras tomadas del material que drenaba la zona intervenida se practicó en el Hospital de M., siendo precisamente una doctora del Servicio de Oftalmología la que decide el cambio de tratamiento antibiótico a otro más específico a la bacteria detectada limitándose en el Hospital X. a dar su visto bueno sobre el particular y por lo demás a realizar alguna cura quedando remitido desde el mes de julio hasta el mes de septiembre con tratamiento tópico a base de colirios que demostró su insuficiencia si se tiene en cuenta que cuando el recurrente acude a consulta privada a principios del mes de septiembre se le aprecia, entre otra sintomatología evidenciadora del proceso infeccioso y de su gravedad, exudación de líquido parduzco y fetidez. Tal proceder revela un incumplimiento de la diligencia exigible en el tratamiento del proceso infeccioso que propició los resultados traumáticos y la necesidad de una intervención tan agresiva y radical como la realizada en la medicina privada.

Resta la determinación del quantum indemnizatorio teniendo en cuenta que la situación de epitelización definitiva de toda la cavidad orbitaria imposibilita cualquier intento de reconstrucción e implantación de una prótesis que permita un aspecto admisible pues implicaría un menoscabo importante de la estética facial; todo ello habida cuenta los gastos generados en la medicina privada y la clínica psicológica que obliga a un tratamiento especial que unido al daño moral ocasionado genera derecho a una indemnización de 63.106 euros.

Sexto.- Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa imposición en costas del mismo, de conformidad con lo prevenido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don J.J., en nombre y representación de Don R.G. contra resolución de fecha 17 de enero de 2001 dictada por el Conselleiro de Sanidade e Servizos Sociais desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha 1 de diciembre de 1998 por funcionamiento anormal de la Administración

Sanitaria consistente en las secuelas padecidas por intervención quirúrgica para reconstrucción orbitaria en el Hospital X. cuya nulidad declaramos con condena a la Administración demandada al abono de una indemnización de 63.106 euros; sin hacer expresa imposición de costas.

Sentencia de 18 de febrero de 2004.

*Responsabilidad patrimonial de la Administración.
Asistencia sanitaria defectuosa.*

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- D. J.L.V., en nombre y representación de Doña T.D.D., dirige la presente vía jurisdiccional contra resolución de fecha 9 de junio de 2000 del Conselleiro de Sanidad y Servicios Sociales desestimatoria de reclamación previa de responsabilidad patrimonial de la Administración por daño derivado de presunto contagio de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob a través de la administración de radiofármaco en el Hospital X. de Vigo (...)

Tercero.- Tanto el Letrado de la Xunta como el del SERGAS alegan su falta de legitimación pasiva, dado que, en su caso, se aduce que la existencia de algún tipo de responsabilidad debería imputarse en primer lugar al Ministerio de Sanidad y Consumo, que es el organismo encargado por disposición legal de la autorización de los fármacos que han de ser administrados en España y en segundo lugar a la empresa A.I. como fabricante del medicamento.

En todo caso, con arreglo al artículo 21.1.a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, es parte demandada la Administración autora del acto contra el que se dirija el recurso, por lo que, al haberse reclamado ante el SERGAS y haberse desestimado por éste la reclamación, es lógico que el recurso se dirija contra la Administración autonómica y ésta haya de estar presente en el litigio como demandada. Ello al margen de que, en cuanto a la legitimación “*ad causam*”, pudiera imputarse o no responsabilidad al SERGAS o a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, lo cual es materia referente al fondo del asunto, de modo que previamente ha de tratarse de la posible concurrencia o no de daño efectivo, antijuricidad del mismo y relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño, y sólo si se considerase que todos ellos concurren, cabría determinar a *posteriori* si es la Administración estatal o la autonómica la responsable.

En cuanto a la empresa fabricante, al margen de que se ha personado en este litigio para la defensa de sus intereses y resulta irrelevante que dicha personación se haya producido como consecuencia de emplazamiento por la Adminis-

tración o por esta Sala, conviene advertir que la fuerza atractiva del presente procedimiento hacia esta Jurisdicción contencioso-administrativa lo es en función de la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 2.e de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo en este último que la demanda frente a los sujetos privados es si concurren a la producción del daño, no si son los únicos causantes), de modo que si ésta no se apreciase no sería posible condenar en este litigio a un sujeto privado autónomamente, ya que esa exigencia independiente y desconectada de la Administración debiera formularse en un pleito civil con arreglo al artículo 3.c de la Ley Jurisdiccional Además, el examen ha de ceñirse a la reclamada existencia de responsabilidad en la Administración autonómica, frente a quien se ha deducido la petición en vía administrativa y cuya actuación corresponde ahora fiscalizar. Pero ya desde ahora conviene aclarar que la perspectiva jurídico pública desde la que debe analizarse aquella reclamación de responsabilidad no coincide con la estrictamente civil, de manera que si no se apreciase aquella responsabilidad de la Administración por carencia de los requisitos exigibles, en un hipotético litigio civil ulterior la óptica sería diferente desde el momento en que habría que atender a la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (artículos 27.1.a) y c), y 28), y Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (artículo 6.3), así como a la Directiva 93/42 CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, que sería la normativa relevante desde la vertiente exclusivamente privada, del mismo modo que la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que se menciona por la recurrente en el escrito de conclusiones se funda en esa óptica civil que difiere de la que ahora interesa.

Lo que de todos modos no cabe apreciar es la existencia de litisconsorcio pasivo necesario. En relación con la falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/86, de 17 de abril, en interpretación de lo establecido en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa (LJCA) de 1956 (cuyo contenido no ha sido modificado en lo sustancial en el correlativo artículo 21 de la vigente Ley 29/1998), se ha encargado de declarar que en esta materia contenciosa, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, no cabe la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Argumenta dicha sentencia que en todos los procesos, como el contencioso-administrativo, en que se deciden derechos o intereses de naturaleza pública, corresponde al juzgador y no a las partes convocar al pleito a todos los que puedan resultar afectados por la sentencia. Y añade que en los procesos contencioso-administrativos, se considera parte demandada, con independencia de la voluntad del recurrente o demandante, a las partes a cuyo favor deriven derechos del acto recurrido, o intervinientes como coadyuvantes del demandado o de la Administración (hoy, desaparecida esa figura en el proceso contencioso-administrativo, serían todos parte demandada: art. 21 de la Ley 29/1998). Y en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1988, 20 de mayo y 16 de julio de 1991, 8 de febrero y 23 de abril de 1994, y 11 de mayo y 16 de junio de 1998, 14 de febrero de 1999 y 8 de febrero de 2000, han dicho que la relación jurídico-procesal se constituye, como regla, entre el demandante y la Administración. El

actor cumple con dirigir la demanda contra la Administración que ha dictado el acto recurrido, correspondiendo la legitimación pasiva a la Administración de que proviene el acto recurrido porque el recurso no se interpone contra personas determinadas sino contra un acto, de modo que devienen demandados automáticamente la Administración autora del mismo y todos aquellos a quienes hubiere originado derechos. Por ello mismo no son trasladables sin más las prescripciones del artículo 531 y preceptos concordantes de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y, por ende, no es encuadrable, entre las excepciones que la ley prevé, la de litis consorcio pasivo necesario. Todo lo anterior al margen de que en este proceso han comparecido todos los afectados e interesados.

Cuarto.- En congruencia con la reclamación deducida en vía administrativa la actora solicita, además de la indemnización de veinticinco millones de pesetas por los daños morales ocasionados hasta el momento, la posible indemnización en el supuesto de desarrollo de la enfermedad, fundando dichas peticiones en que se han descuidado todas las medidas preceptivas para evitar el contagio sufrido (dando por hecho que se le ha administrado un radiofármaco contaminado y que ella ha resultado contagiada), al no llevar a cabo el exigible control sanitario o farmacéutico de un producto administrado, a lo que añade que no se le informó de que se le suministraría un radiofármaco ni se le explicaron las características del administrado, alternativas y riesgos, por lo que no prestó el consentimiento informado, concluyendo que como consecuencia de todo ello se le ha ocasionado una situación de incertidumbre que ha afectado sus funciones laborales, sociales, psicológicas, afectivas, etc., todo ello incrementado con la falta de información sobre el desarrollo de la enfermedad. En el escrito de conclusiones concreta la recurrente que la base de la reclamación se centra en la administración no consentida de un producto farmacéutico potencialmente contaminado y en la información del posible desarrollo de una patología mortal.

Pese a que en el escrito de conclusiones parece centrarse más la actora en el aspecto de la ausencia de consentimiento respecto a la administración del medicamento y en el de falta de información del posible desarrollo de la enfermedad, en la demanda se da por acreditado que ella fue contagiada por el radiofármaco, extremo que en absoluto está probado. Es más, en el momento presente no existen evidencias científicas que demuestren que la transmisión de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob pueda producirse por vía de hemoderivados, y dado que en la actualidad no existe un test diagnóstico específico validado para la detección de priones en sangre humana las autoridades sanitarias de la Unión Europea consideran que las únicas medidas para minimizar el riesgo ante una posible transmisión de aquella consisten en la retirada de los lotes de hemoderivados que proceden de un donante que sufra dicha nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob con posterioridad a la donación, que es precisamente la medida precautoria que han adoptado las autoridades sanitarias españolas. Si a ello le unimos que el Amerscan Pulmonate II había pasado todos los controles de seguridad, calidad y eficacia, con arreglo a los artículos 9 y siguientes y 52.1 de la Ley 25/1990, del Medicamento, Real Decreto 767/1993, artículos 4 y siguientes del Real Decreto 479/1993, como consta debidamente

acreditado, ha de concluirse que no existe base para deducir un defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario.

En autos consta el informe de 26 de febrero de 2002 de la directora del Centro Nacional de Epidemiología, organismo capacitado para gestionar el Registro Nacional de encefalopatías espongiformes transmisibles humanas (EETH), entre las que se incluye la variante de la enfermedad de Creutzfeldt—Jacob, que insiste en que no se considera científicamente demostrada la transmisibilidad experimental de las encefalopatías espongiformes por transfusión sanguínea de animales, inoculados con tejidos de animales enfermos, continuando los estudios sin resultados en términos de evidencia científica, habiéndose tomado medidas de salud pública en el terreno de la patología humana, concluyendo que hasta el momento actual y con perspectiva mundial no se han descrito casos de la variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob contraída por transfusión de sangre o administración intravenosa de hemoderivados.

Consecuencia de todo lo anterior es que ni se ha probado científicamente el riesgo de llegar a contraer dicha enfermedad por el hecho de haber recibido el mencionado radiofármaco integrado por un componente de una partida de plasma, en concreto la albúmina, donada por quien contrajo con posterioridad a la donación la nueva variante de dicha enfermedad, ni se ha demostrado que la actora haya resultado infectada, lo cual elimina uno de los presupuestos imprescindibles para la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración cual es la existencia del daño o lesión indemnizable.

A la hora de concretar el daño que estima que se le ha ocasionado la actora en su demanda alega que se le ha ocasionado una situación de incertidumbre de modo que se han visto afectadas todas sus funciones, esto es, las laborales, las sociales, las psicológicas, las afectivas, etc., incrementado con la falta de información por los centros médicos sobre el desarrollo de la enfermedad, indicando que su sufrimiento se ha visto incrementado día a día desde que tuvo conocimiento de su “posible nueva enfermedad” y que ésta sería mortal, debiendo evaluar, para compensar el perjuicio sufrido, el precio de la angustia, el rechazo social, la posible anticipación de la muerte para sin embargo especificar el daño real y efectivo en el estado actual de la recurrente y el agravamiento de todos y cada uno de los síntomas que desde el inicio presentaba, terminando por hablar en el escrito de conclusiones de un proceso ansioso-depresivo. Pese a que esa confusión dificulta el análisis más bien parece centrarse aquel daño en el aspecto psíquico derivado de la angustia que afecta a los aspectos laborales, sociales, afectivos y psicológicos.

Ante las anteriores evidencias de que ni la recurrente consta como contaminada ni el estado actual de la ciencia permite deducir que existe riesgo de contaminación, pese a imputar a la Administración descuido en las medidas preventivas para evitar los contagios (sin que se concrete a que medidas se refiere ni que contagio se ha contraído), la recurrente se ha centrado (sobre todo en el escrito de conclusiones) más en los aspectos de la ausencia de consentimiento respec-

to a la administración del producto y en el de falta de información del posible desarrollo de la enfermedad.

Respecto a la invocada ausencia de consentimiento informado, ante todo conviene poner de manifiesto que cuando los hechos ocurrieron todavía no se habían dictado ni la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, de regulación del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, ni la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que hay que atender a lo que se recogía en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, con arreglo al cual el paciente tiene derecho *“a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*. Por su parte, el apartado 6 de ese mismo artículo 10 añade como derecho del paciente *“a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”*. Este último apartado 6 hay que dejarlo al margen en cuanto se refiere a cualquier intervención, mientras que el apartado 5 no puede servir para fundar en este caso responsabilidad alguna porque, al margen de la duda que genera la necesidad de consentimiento para la administración de un radiofármaco con fines de diagnóstico y no terapéutico, en primer lugar era lógica la realización de la gammagrafía pulmonar para confirmar o descartar un posible tromboembolismo pulmonar (TEP) pues se trata de una prueba indicada de forma preferente en el diagnóstico de aquel, por lo que no resulta forzado deducir la existencia de un consentimiento tácito o presunto derivado de la voluntad de la paciente, y en segundo lugar no se puede exigir a la Administración sanitaria la comunicación de los riesgos de utilización de ese producto derivada de una información que no poseía al tiempo de la realización de la gammagrafía, ya que era del 18 de noviembre de 1997 el fax remitido por la Subdirección General de Control Farmacéutico del Ministerio de Sanidad y Consumo en que se comunicaba que habían resultado afectados los lotes 548, 554 y 556 de Amerscan Pulmonate II, pese a no existir evidencia alguna, según dicha información, de que el producto estuviese contaminado ni de que el donante padeciese la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob, o que fuese portador del agente infeccioso en el momento de la donación. En consecuencia, si la situación de riesgo para la salud derivada de la afectación de uno de los lotes de dicho producto no era conocida cuando se administró a la actora no era exigible la información sobre el mismo porque lógicamente sólo puede imponerse la información de aquellos riesgos adquiridos o sabidos según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción del daño (artículo 141.1 de la Ley 30/1992), lo que, ante la ausencia de daño en el caso presente, hay que referir al momento del empleo del radiofármaco. Por lo

demás, resultaba obligada, necesaria y relevante la transmisión a la demandante de la información posterior relativa a que el lote administrado del radiofármaco figuraba entre los contaminados con la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob, ya que ante la posibilidad de desarrollar dicha enfermedad podía y debía la actora adoptar determinadas precauciones respecto a si misma (necesidad de someterse a controles médicos) y en relación a los demás (no donación de sangre, órganos y tejidos), con lo que se protegía la salud pública. Por tanto, no existe infracción alguna del régimen del consentimiento informado ni puede sostenerse que al haberle suministrado dicha información se le ha generado el invocado daño psíquico consistente en estado de angustia, rechazo social y la posible anticipación de la muerte. La información era obligada y la reacción depende de cada paciente, sin que puedan tenerse en cuenta los daños hipotéticos (posible desarrollo de una enfermedad respecto a la que la ciencia actual no ha demostrado el contagio por vía hemática sino lo contrario), y respecto a la afección psíquica, al ser necesaria e incluso exigible aquella información suministrada por la Administración, no se trata de un daño antijurídico sino que existe el deber jurídico de soportarlo.

Incluso para los casos de contagios constatados (de VHC) la moderna jurisprudencia (a partir de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2000) solamente ha declarado la responsabilidad de la Administración, excluyendo la antijuridicidad del daño en los demás supuestos, cuando en el momento de la transfusión sanguínea existía la posibilidad de realizar comprobaciones en la sangre para detectar el virus, pues lo esencial es el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en un determinado momento (en el mismo sentido, sentencias TS de 25 de octubre, 1, 6 y 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2001, 26 de febrero de 2002 (dictada en unificación de doctrina), 2 de abril de 2002, 23 de septiembre de 2002, 7 y 10 de octubre de 2002, 25 y 27 de enero y 6 de marzo de 2003). Y ese mismo criterio jurisprudencial se ha extendido a los casos de contagio de VIH, así en la sentencia del TS de 17 de octubre de 2001, en la que se reputa como un “riesgo de progreso” el caso de que la inoculación fortuita del VIH se haya producido cuando no existían marcadores para cribar ese virus e incluso el mismo no había sido descubierto, de modo que la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico porque el riesgo de soportarlo recae sobre el paciente. Si ello es así, con mucho mayor motivo hay que excluir la antijuridicidad cuando ni siquiera se ha demostrado la existencia de contagio, como en el caso presente sucede.

Por otra parte, la retirada del radiofármaco e información a los pacientes a quienes se le había administrado alguno de los lotes con riesgo de contaminación, fueron medidas precautorias a fin de que los afectados estuviesen advertidos a efectos de adoptar medidas de prevención y con objeto de que no donasen sangre, órganos ni tejidos, ante aquella posibilidad que no se ha concretado de infección porque no se ha llegado a demostrar la transmisión de la enfermedad a la actora.

Pese a que la ausencia de daño efectivo y antijurídico así como de relación causal entre el funcionamiento normal o anormal de la Administración sani-

taria y el invocado perjuicio, han de dar lugar a la desestimación de la presente reclamación, conviene significar que se comprende la preocupación creciente surgida en la reclamante ante la posibilidad de desarrollar en el futuro la enfermedad, pero de conformidad con los acuerdos que se adoptaron en la reunión en Santiago de 18 de febrero de 1998, a todos los afectados se les ha ofertado una consulta de apoyo con el psicólogo clínico y se ha realizado una valoración del estado general y neurológico de la paciente que sirva de referencia para evaluar posibles variaciones que pudieran hacer sospechar el comienzo del desarrollo de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob, aunque ya hemos visto que las investigaciones científicas hasta la actualidad se orientan hacia la conclusión negativa sobre la transmisibilidad por vía hemática. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

Quinto.- Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las costas del mismo, de conformidad a las previsiones del artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don J.L.V., en nombre y representación de Doña T.D.D. contra resolución de fecha 9 de junio de 2000 del Conselleiro de Sanidad y Servicios Sociales desestimatoria de reclamación previa de responsabilidad patrimonial de la Administración por daño derivado de presunto contagio de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob a través de la administración de radiofármaco en el Hospital X. de Vigo; sin hacer imposición de costas.

Legislación

LEGISLACION

En la presente sección se reseñan las normas básicas vigentes de todos los consejos consultivos existentes en la actualidad, quedando para el estudio particularizado de cada uno de ellos las posibles afectaciones de las normas relacionadas.

Consejo de Estado

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (BOE nº 100, de 25 de abril).

Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (BOE nº 209, de 30 de agosto).

Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña

Decreto Legislativo 1/1991, de 25 de marzo, por el que se aprueba la refundición de las Leyes 3/1985, de 15 de marzo, y 21/1990, de 8 de diciembre, de la Comisió Jurídica Assessora (DOGC nº 1433, de 22 de abril).

Decreto 127/1991, de 17 de junio, de aprobación del Reglamento de la Comisió Jurídica Assessora (DOGC nº 1460, de 28 de junio).

Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña

Ley 1/1981, de 25 de febrero, de creación del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (DOGC nº 114, de 4 de marzo).

Decreto 429/1981, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento provisional de Organización y Funcionamiento del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (DOGC nº 181, de 2 de diciembre).

Consejo Consultivo de Canarias

Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (BOC nº 77, de 7 de junio).

Decreto 464/1985, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (BOC nº 144, de 29 de noviembre).

Consejo Consultivo de las Islas Baleares

Ley 5/1993, de 15 de junio, de creación del Consell Consultiu de les Illes Balears (BOIB nº 83, de 8 de julio).

Decreto 24/2003, de 28 de marzo, que aprueba el Reglamento Orgánico del Consell Consultiu de les Illes Balears (BOIB nº 51, de 12 de abril).

Consejo Consultivo de Andalucía

Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación del Consejo Consultivo de Andalucía (BOJA nº 118, de 30 octubre).

Decreto 89/1994, de 19 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Andalucía (BOJA nº 55, de 26 abril).

Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana

Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (DOGV nº 2419, de 2 de enero).

Decreto 138/1996, de 16 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (DOGV nº2814, de 26 de agosto).

Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón

Ley 1/1995, de 16 de febrero, del Presidente y del Gobierno de Aragón (BOA nº 27, de 6 de marzo).

Decreto 132/1996, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón (BOA nº 88, de 24 de julio).

Consejo Consultivo de La Rioja

Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (BOLR nº 66, de 2 de junio).

Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de La Rioja (BOLR nº 12, de 26 de enero).

Consejo Consultivo de Galicia

Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo Consultivo de Galicia (DOG nº 229, de 29 de noviembre).

Decreto 282/2003, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Consultivo de Galicia (DOG nº 120, de 23 de junio).

Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (DOCM nº 143, de 6 de octubre).

Acuerdo de 27 de junio de 1996, de las Cortes de Castilla-La Mancha, pro el que se aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (DOCM nº 30, de 5 de julio).

Consejo Jurídico de la Región de Murcia

Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (BORM nº 131, de 10 de junio).

Decreto 15/1998, de 2 de abril, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (BORM nº 97, de 29 de abril).

Consejo de Navarra

Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, de creación y regulación del Consejo de Navarra (BON nº 37, de 26 de marzo).

Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo de Navarra (BON nº 32, de 13 de marzo).

Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco

Decreto 187/1999, de 13 de abril, de creación y regulación de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno Vasco (BOPV nº 71, de 16 de abril).

Consejo Consultivo de Extremadura

Ley 16/2001, de 14 de diciembre, de creación y regulación del Consejo Consultivo de Extremadura (DOE nº 1, de 3 de enero).

Consejo Consultivo de Castilla y León

Ley 1/2002, de 9 de abril, de creación del Consejo Consultivo de Castilla y León (BOCL nº 76, de 22 de abril).

Decreto 102/2003, de 11 de septiembre, que aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León (BOCL nº 179, de 16 de septiembre).

Novedades bibliográficas

NOVEDADES BIBLIOGRAFICAS

David Mascarell Furió

Licenciado en Derecho

Servicio de Documentación del Consejo Jurídico Consultivo

En esta sección de la Revista Española de la Función Consultiva se da cuenta de aquellas novedades bibliográficas sobre temas relacionados con el ejercicio de la función consultiva. Para ello se clasificarán por materias aquellos libros y artículos aparecidos durante el último periodo anterior a la publicación de la Revista.

CONFLICTOS EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Libros

CABELLO FERNÁNDEZ, M^a D. *El conflicto en defensa de la autonomía local*. Cívitas. Madrid, 2003.

NARANJO DE LA CRUZ, R. *El proceso constitucional para la protección de la autonomía local en España y Alemania*. INAP y Diputación provincial de Málaga. Málaga, 2003.

PORRAS RAMÍREZ, J. M^a. *El Conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. Cívitas. Madrid, 2001.

Artículos de revista

ALONSO MAS, M^a J. “La protección de la autonomía local frente a normas con valor de ley”. *Nuevas perspectivas del Régimen Local*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2002. pp. 829-956.

CONSEJO DE ESTADO. “Sobre el dictamen del Consejo de Estado acerca de la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional relativa al conflicto en defensa de la Autonomía Local”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n^o 5; pp. 339-349.

GARCÍA ROCA, J. “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. n^o 282; pp. 23-70.

GARCÍA ROCA, J. “El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local” *Justicia Administrativa*. Extraordinario 2000; pp. 5-32.

GÓMEZ BARRO, G. “Posibilidades de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional por los entes locales” *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 57; pp. 165-202.

IBAÑEZ MACÍAS, A. “Sobre el conflicto constitucional en defensa de la autonomía local”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n^o 59; pp. 179-218.

ROJÍ BUQUERAS, J. M.^a. “El conflicto constitucional en defensa de la autonomía local”. *Actualidad Administrativa* n° 9; pp. 205-232.

STORINI, C. “Autonomía local y control de constitucionalidad de las normas con rango de ley: una reforma tan reclamada como insatisfactoria”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 30/31; pp. 227-253.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Libros

DAGNINO GUERRA, A. y FERNÁNDEZ ALÉN, P.C. *Legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas. (Legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa)*. Edisofer. Madrid, 2004.

MEDINA GUIJARRO, J. y TORRES FERNÁNDEZ, J.J. (Eds.) *Código de Contratación Administrativa*. Aranzadi, Pamplona, 2004.

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. *Nuevo régimen de contratación administrativa. (Adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*. La Ley. Madrid, 2004.

Artículos de revista

DE LA SIERRA, S. “Las medidas cautelares en la contratación pública”. *Revista de Administración Pública*, n. 164; pp. 211-230.

RIVERO ORTEGA, R. “¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?” *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 121; pp. 25-47.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Artículos de revista

CANO CAMPOS, T. “Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente Jurisprudencia Constitucional”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 122; pp. 257-284.

CANTÓ LÓPEZ, T. “Fundamentación irrazonable de la causa de inadmisión por acto firme y consentido (comentario a la STC 3/2004, de 14 de enero de 2004)”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 122; pp. 285-293.

GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E. “¿Existe plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo?” *Revista de Administración Pública*, n. 163; pp. 157-168.

PÉREZ ANDRÉS, E.M.^a, “Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo”. *Revista de Administración Pública*, n. 164; pp. 201-210.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Libros

GALICIA MANGAS, F.J. *Responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito educativo*. Atelier administrativo, Barcelona, 2003.

GARCÍA GIL, F.J. *Responsabilidad patrimonial de las entidades locales*. DAPP, Pamplona, 2003.

GARRIDO MAYOL, V. *La responsabilidad patrimonial del Estado. Especial referencia a la responsabilidad del Estado legislador*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Artículos de revista

ALONSO GARCÍA, M^a C. “La responsabilidad patrimonial de los municipios ante su pasividad en el control del ruido”, *Justicia Administrativa* n^o 23, abril 2004; pp. 39-58.

BLANQUER CRIADO, D. “La soberanía del arbitrio judicial en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 15-55.

CARAZA CRISTÍN, M.M. “Inexistencia de responsabilidad administrativa por la falta de suscripción de un convenio urbanístico (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de julio de 2002)”, *Revista de Urbanismo y Edificación* n^o 8, 2003; pp. 117-121.

CLIMENT BARBERÁ, J. “El procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 181-224.

COBREROS MENDAZONA, E. “El Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirma la posible responsabilidad patrimonial de la Comunidad por actuaciones del Defensor del Pueblo Europeo”. *Revista de Administración Pública*, n. 164; pp. 191-199.

DÍAZ DELGADO, J. “La responsabilidad del Estado juez”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 283-331.

FERNÁNDEZ DE AGUIRRE Y FERNÁNDEZ, J. C. “La responsabilidad patrimonial del Estado: evolución y examen de la doctrina general”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 371-398.

GARBERÍ LLOBREGAT, J. “Responsabilidad patrimonial de la administración (A propósito de las últimas reformas del art. 9.4 LOPJ)”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 57-96.

HUERGO LORA, A. “El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y la doctrina de la *vis attractiva*”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 122; pp. 199-222.

LOPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A. “El seguro médico obligatorio en responsabilidad sanitaria. Referencia especial al caso francés y a su sistema alternativo en la resolución de conflictos creados por accidentes médicos”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 121; pp. 49-80.

MARTÍN QUERALT, J. “La responsabilidad por actos tributarios”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 333-369.

MESTRE DELGADO, J. F. “La responsabilidad del Estado legislador”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 97-179.

NARBÓN LAÍNEZ, E. “La responsabilidad derivada de actos de contratistas de la Administración. De su compatibilidad con la de funcionamiento de los servicios públicos”. *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador, administrador y juez*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 2004; pp. 225-281.

RIVERO YSERN, E. “La responsabilidad por daños a los bienes de dominio público de las entidades locales”, *Revista de Estudios de Administración Local*. Enero-abril 2003; pp. 1001-1009.

ROMERO REY, C. “Cuestiones problemáticas en torno a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: evolución legislativa y nuevos escenarios de conflicto”, *Justicia Administrativa* n° 22, 2004; pp. 19-49.

TÉCNICA NORMATIVA Y REGLAMENTARIA

Artículos de revista

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. “La evolución de la potestad reglamentaria en el constitucionalismo francés. Mitos y realidades”, *Revista de Administración Pública* n° 163, 2004; pp. 465-494.

MONTILLA MARTOS, J.A. “Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 68, pp. 89-120.

NÚÑEZ LOZANO, M^a.C. “El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad”, *Revista de Administración Pública* n° 162, 2003; pp. 337-358.

PONCE SOLÉ, J. “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones”, *Revista de Administración Pública* n° 162, 2003; pp. 89-144.

TARDÍO PATO, J. A. “El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, *Revista de Administración Pública* n° 162, 2003; pp. 189-225.

URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Artículos de revista

BATTIS, U. “La influencia del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho urbanístico de los Estados miembros. ¿Una competencia de la Unión Europea en materia de ordenación del territorio?”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 206; pp. 135-147.

CARAZA CRISTÍN, M. M. “Inexistencia de responsabilidad administrativa por la falta de suscripción de un convenio urbanístico”. *Revista de Urbanismo y Edificación*, nº 8; pp. 117-121.

CHINCHILLA PEINADO, J. A. “La problemática incorporación de expectativas urbanísticas en la determinación del valor de terrenos clasificados como suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La (hasta el momento irreductible) tensión entre el legislador y los tribunales”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 208; pp. 39-116.

ESTÉVEZ GOYTRE, R. “El urbanismo y la jurisdicción contencioso-administrativa. Estudio jurisprudencial”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 208; pp. 117-160.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. “Hacia un modelo contencioso-administrativo preventivo. El ejemplo de la ‘ejecución’ de las sentencias anulatorias de un plan urbanístico”. *Revista de Administración Pública*, nº 163; pp. 41-72.

PORTO REY, C. “Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 210; pp. 11-48.

PORTO REY, E. “Algunas técnicas e instituciones urbanísticas innovadoras no recogidas en las leyes urbanísticas”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 207; pp. 11-26.

SORIA MARTÍNEZ, G. “La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la responsabilidad por incumplimiento de los convenios urbanísticos, las facultades indemnizatorias de las Juntas de Compensación, las consecuencias de la obtención de dotaciones por la vía de hecho y los efectos de la publicidad del planeamiento en los actos de ejecución”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 208; pp. 11-38.

VAGIL DE QUIÑONES OTERO, D. “La evaluación del impacto ambiental en los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 211; pp. 149-192.

Información institucional

CONSEJO DE ESTADO

www.consejo-estado.es

C/ Mayor, 79
28013 Madrid

Tf: 915 166 262
Fax: 915 166 215

Presidente

Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente

Consejeros Permanentes

Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina
Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra
Excmo. Sr. D. Fernando de Mateo Lage
Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez del Corral y del Río
Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego
Excmo. Sr. D. Miguel Vizcaíno Márquez
Excmo. Sr. D. Antonio Pérez-Tenessa Hernández

Secretario General

Excmo. Sr. D. José María Martín Oviedo

Consejeros Natos

Excmo. Sr. D. Víctor García de la Concha
Excmo. Sr. D. Enrique Fuentes Quintana
Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
Excmo. Sr. D. Antonio Moreno Barberá
Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez
Excmo. Sr. D. D. Joaquín de Fuentes Bardají
Excmo. Sr. D. José Álvarez Junco

Consejeros Electivos

Excmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez
Excmo. Sr. D. Manuel Díez de Velasco Vallejo
Excmo. Sr. D. José Joaquín Puig de la Bellacasa y Urdampilleta
Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez-Bereijo
Excmo. Sr. D. José Gabaldón López
Excmo. Sr. D. Santiago Valderas Cañestro
Excmo. Sr. D. Juan José Badiola Díez
Excmo. Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant
Excmo. Sr. D. José Luis Meilán Gil
Excmo. Sr. D. Juan Ramón Quintás Seoane

**COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE LA GENERALITAT
DE CATALUÑA**

Av. Diagonal, 401 tr. Piso bis
08008 Barcelona

Tf: 932 388 283

Fax: 932 186 655

Presidente

Excmo. Sr. D. Josep-Enric Rebés i Solé

Consejeros

Excmo. Sr. Enric Argullol i Murgadas
Ilma. Sra. Alegría Borrás i Rodríguez
Sr. D. Pere Caralps i Riera
Ilmo. Sr. Antonio Carceller i Fernández
Ilmo. Sr. D. Marc Carrillo i López
Ilmo. Sr. D. Jaime Manuel de Castro i Fernández
Ilmo. Sr. D. Josep Maria Dotú i Sanjuan
Ilmo. Sr. D. Joaquim Ferret i Jacas
Ilmo. Sr. D. Tomás Font i Llovet
Ilmo. Sr. D. Juan José López Burniol
Ilmo. Sr. D. Agustí Luna i Serrano
Ilma. Sra. M^a Jesús Montoro i Chiner
Ilmo. Sr. D. Carles Pi-Suñer i Díaz
Ilmo. Sr. D. Josep M. Puig i Salellas
Ilmo. Sr. D. Albert Raventós i Soler
Ilma. Sra. Encarna Roca i Trias
Ilmo. Sr. D. Jordi Sopena i Gil
Ilmo. Sr. D. Josep Delfi Guàrdia i Canela
Ilmo. Sr. D. Carles Viver i Pi Sunyer
Ilmo. Sr. D. Robert Follia i Camps
Ilma. Sra. D^a Roser Revilla i Ariet
Sr. D. Fernando Rey i Pérez
Sr. D. Joan Trayter i Jimènez

Secretaria General

Sra. D^a Olga Delpaix i Borrell

CONSEJO CONSULTIVO DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA

www.cconsultiu.es

Palau Centelles - Solferino
C/ Bajada de San Miguel, 8
08002 Barcelona

Presidente

Hble. Sr. Joaquín Tornos Mas

Consejeros

Il·ltre. Sr. Manuel M^a. Vicens i Matas
Hble. Sr. Agustí M. Bassols Parés
Il·ltre. Sr. Pere Jover i Presa
Il·ltre. Sr. Jaume Vernet i Llobet
Il·ltre. Sr. Ramón M^a Llevadot Roig

Consejero - Secretario

Il·ltre. Sr. D. Joaquim Borrell i Mestre

CONSEJO CONSULTIVO DE CANARIAS

C/ San Agustín, 16
38201 La Laguna - Tenerife

Tf: 922 263 362
Fax: 922 630 033

Presidente

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas

Consejeros

Excmo. Sr. D. José Suay Rincón
Excmo. Sr. D. Luis Fajardo Spínola
Excmo. Sr. D. Francisco Reyes Reyes
Excmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández
Excmo. Sr. D. Antonio Lazcano Acedo
Excmo. Sr. D. Óscar Bosch Benítez

Letrado Mayor

Ilmo. Sr. D. Enrique Petrovelly Curbelo

CONSEJO CONSULTIVO DE LAS ISLAS BALEARES

C/ Rubén Darío, 12, 1º esq.
07012 Palma de Mallorca

Tf: 971 723 992

Fax: 971 728 976

Presidente

Hble. Sr. D. Miquel Coll Carreras

Consellera-Secretaria

Hble. Sra. D^a Carmen Fernández González

Vocales

Hble. Sr. D. Joan Oliver Araujo
Hble. Sr. D. Germán M^a de León Pina
Hble. Sr. D. Joan Oliver Ripoll
Hble. Sr. D. Pedro Aguiló Monjo
Hble. Sra. D^a Dolores Romeu Pérez

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

www.juntadeandalucia.es/consejoconsultivo

C/ San Matías, 17
18071 Granada

Tf: 958 029 303
Fax: 958 029 320

Presidente

Excmo. Sr. D. Juan B. Cano Bueso

Consejeros

Ilmo. Sr. D. Francisco Balaguer Callejón
Ilmo. Sr. D. Gregorio Cámara Villar
Excmo. Sr. D. Eduardo Roca Roca
Ilmo. Sr. D. José Luis Díez Ripollés
Excmo. Sr. D. Angel López López
Ilmo. Sr. D. Antonio Jara Andréu
Ilmo. Sr. D. Diego Martín Reyes
Ilma. Sra. D^a Lucía Millán Moro
Ilmo. Sr. D. Manuel Pallarés Moreno
Ilmo. Sr. D. José Antonio Sánchez Galiana
Excmo. Sr. D. Fermín Camacho Evangelista
Ilma. Sra. D^a. Aurora León González
Ilmo. Sr. D. Alfonso Yerga Cobos
Ilmo. Sr. D. Francisco del Río Muñoz
Excmo. Sr. D. Juan José Domínguez Jiménez
Ilmo. Sr. D. Jesús M^a García Calderón
Ilmo. Sr. D. Javier Barnés Vázquez

Secretario General

Ilmo. Sr. D. José Fernández Prados

**CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA**

www.gva.es/cjccv

C/ Pascual y Genís, 9
46002 Valencia

Tf: 963 986 700

Fax: 963 986 715

Presidente

Hble. Sr. D. Vicente Garrido Mayol

Consejeros

Ilmo. Sr. D. Miguel Mira Ribera

Ilmo. Sr. D. Vicente Cuñat Edo

Ilmo. Sr. D. José Díez Cuquerella

Ilma. Sr. D. Alberto Jarabo Calatayud

Secretario General

Ilmo. Sr. D. Federico Fernández Roldán

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

portal.aragob.es/pls/portal30/url/folder/coja

Pza. de los Sitios, 7
50071 Zaragoza

Tf. 976 714 703
Fax: 976 714 722

Presidente

Excmo. Sr. D. Juan Antonio García Toledo

Consejeros

Ilmo. Sr. D. Rafael Alcázar Crivillén
Ilmo. Sr. D. Javier Domper Ferrando
Ilmo. Sr. D. Francisco J. Serrano Gil de Albornoz
Ilmo. Sr. D. Antonio Embid Irujo
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Hernández Puértolas
Ilmo. Sr. D. Federico Larios Tabuenca
Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Saenz de Buruaga y Marco
Ilmo. Sr. D. Jesús Solchaga Loitegui

Secretario General

Sr. D. Luis Murillo Jaso

CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA

www.ccrioja.es

C/ Calvo Sotelo, 11-2º der.
26071 Logroño

Presidente

Excmo. Sr. D. Joaquín Espert Pérez-Caballero

Consejeros

Ilmo. Sr. D. José M^a Cid Monreal
Ilmo. Sr. D. Pedro de Pablo Contreras
Ilmo. Sr. D. Antonio Fanlo Loras
Ilma. Sra. D^a M^a del Bueyo Díez Jalón

Secretario General

Excmo. Sr. D. Ignacio Granado Hijelmo

CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA

www.ccg Galicia.es

Pazo de Amarante
Rúa Algalia de Abaixo, 24, 2ª planta
15704 Santiago de Compostela

Tf: 981 552 110

Fax: 981 583 315

Presidente

Excmo. Sr. D. José Antonio García Caridad

Consejeros

Excmo. Sr. D. Pablo Moure Mariño
Excmo. Sr. D. Antonio Carro Fernández-Valmayor
Excmo. Sr. D. José Luis de la Torre Nieto
Excmo. Sr. D. José María Gómez y Díaz-Castroverde

Letrado - Secretario General

Ilmo. Sr. D. Juan José Gallego Fouz

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA

www.jccm.es/ccaa

Núñez de Arce, 12
45071 Toledo

Tf: 925 280 102

Fax: 925 252 769

Presidente

Excmo. Sr. D. José Sanroma Aldea

Consejeros

Ilma. Sra. D^a. M^a Inmaculada González de Lara y Ponte

Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Martínez

Ilmo. Sr. D. Angel Ortega Benayas

Ilmo. Sr. D. Salvador Jiménez Ibáñez

Secretaria General

Ilma. Sra. D^a Almudena Carrasco Redondo

CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA

www.carm.es/carm/instituciones/consejojur/juridico.jsp

C/ Alejandro Séiquer, 11-2^a
30001 Murcia

Tf: 968 210 286
Fax: 968 218 900

Presidente

Excmo. Sr. D. Juan Megías Molina

Consejeros

Excmo. Sr. D. Mariano García Canales
Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll
Excmo. Sr. D. José Antonio Cobacho Gómez
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Martínez-Real Ros

Letrado - Secretario General

Sr. D. Manuel M^a Contreras Ortiz

CONSEJO DE NAVARRA

www.cfnavarra.es/consejonavarra

Emilio Arrieta, 8, planta 6ª
31002 Pamplona

Tf: 848 427 016

Fax: 848 427 216

Presidente

Excmo. Sr. D. Enrique Rubio Torrano

Consejeros

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Martínez Chocarro

Ilmo. Sr. D. Eugenio Simón Acosta

Ilmo. Sr. D. Joaquín Salcedo Izu

Ilmo. Sr. D. José Mª San Martín Sánchez

Ilmo. Sr. D. Alfonso Zuazu Moneo

Consejero-Secretario

Ilmo. Sr. D. José Antonio Rázquin Lizarraga

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DEL GOBIERNO VASCO

C/ Donostia - San Sebastián, 1
01010 Vitoria - Gasteiz

Tf: 945 018 646
Fax: 945 018 701

Presidente

Ilmo. Sr. D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Ion Gurutz Echave y Aranzabal

Vocales

Sra. D^a Asunta de la-Herran Unceta-Barrenechea
Sra. D^a M^a Teresa Astigarraga Goenaga
Sr. D. Luis M^a Eskubi Juaristi
Sr. D. Luis M^a Moreno Díez
Sr. D. José Ramón Mejías Vicandi
Sr. D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo
Sr. D. José Ignacio Peláez Berasategui
Sr. D. José Ignacio Landín Escos

Secretario General

Sr. D. Jesús M^a Alonso Quilchano

CONSEJO CONSULTIVO DE EXTREMADURA

www.cceex.es

C/ Hermanos Maristas, 1
06010 Badajoz

Tf: 924 221 420

Fax: 924 221 720

Presidenta

Excma. Sra. D^a Rosa Elena Muñoz Blanco

Consejeros

Ilma. Sra. D^a María del Rosario Macias Martín

Ilmo. Sr. D. Romualdo Hernández Mancha

Ilmo. Sr. D. José Antonio Patrocinio Polo

Ilmo. Sr. D. Clemente Checa González

Ilmo. Sr. D. Manuel Veiga López

Ilmo. Sr. D. Antonio Vázquez López

Letrado - Secretario General

Ilmo. Sr. D. Felipe A. Jover Lorente

Letrada

D^a María Jesús López Bernal

Secretaria Presidencia

D^a Marian Martín Fernández

CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA Y LEÓN

C/ Duque de la Victoria, 8-1º
47001 Valladolid

Tf: 983 413 040
Fax: 983 413 088

Presidenta

Excma. Sra. D^a María José Salgueiro Cortiñas

Consejeros

Excmo. Sr. D. Manuel Estella Hoyos
Excmo. Sr. D. Javier Fernández Costales
Excmo. Sr. D. Jesús Quijano González
Excmo. Sr. D. José Constantino Nalda García
Excmo. Sr. D. Antonio Pérez Solano
Excmo. Sr. D. Demetrio Madrid López

Letrado - Secretario General

Ilmo. Sr. D. Jesús Besteiro Rivas

